BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO

TRƯỜNG ĐẠI HỌC KINH TẾ TP. HỒ CHÍ MINH

LÊ TẤN QUAN

PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ CHỨNG CỨ ĐIỆN TỬ

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT

Tp. Hồ Chí Minh - 2022

BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO

TRƯỜNG ĐẠI HỌC KINH TẾ TP. HỒ CHÍ MINH

LÊ TẤN QUAN

PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ CHỨNG CỨ ĐIỆN TỬ

Chuyên ngành: Luật Kinh tế

Mã số: 9380107

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT

NGƯỜI HƯỚNG DẪN KHOA HỌC:

PGS. TS. VÕ TRÍ HẢO

Tp. Hồ Chí Minh - 2022

LỜI CAM ĐOAN

Tác giả cam đoan Luận án này là công trình do chính tác giả thực hiện. Mọi dữ liệu, kết quả nghiên cứu đã công bố được đưa vào tham khảo trong Luận án đều trung thực và trích dẫn nguồn đúng quy định. Những kết quả nghiên cứu của Luận án chưa từng được công bố trong bất kỳ công trình của tác giả nào khác.

Nghiên cứu sinh

Lê Tấn Quan

MỤC LỤC

LỜI CAM ĐOAN ..... II MỤC LỤC ..... III DANH MỤC TỪ VIẾT TẮT .....VI DANH MỤC HÌNH ..... VII PHẦN MỞ ĐẦU ..... 1 1. Lý do lựa chọn đề tài ..... 1 2. Mục tiêu nghiên cứu ..... 4 3. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu 5

***3.1. Đối tượng nghiên cứu*..... 5**

***3.2. Phạm vi nghiên cứu* 5**

4. Ý nghĩa lý luận và thực tiễn ..... 6 CHƯƠNG 1. TỔNG QUAN VỀ VẤN ĐỀ NGHIÊN CỨU 7

1.1 Tổng quan về tình hình nghiên cứu 7

1.1.1 Các công trình nghiên cứu chung về chứng cứ điện tử 7

1.1.2 Các công trình nghiên cứu có liên quan đến thu thập chứng cứ điện tử 14

1.1.3 Công trình nghiên cứu liên quan đến chấp nhận chứng cứ điện tử 21

1.1.4 Các công trình nghiên cứu có liên quan đến sử dụng chứng cứ điện tử 23

1.1.5 Đánh giá chung về tình hình nghiên cứu có liên quan 23

1.2 Cơ sở lý thuyết nghiên cứu 26

1.2.1 Lý thuyết về chứng cứ trong hệ thống Thông luật 26

1.2.2 Lý thuyết về chứng cứ trong hệ thống Dân luật 28

1.2.3 Nhận xét, đánh giá và sử dụng cơ sở lý thuyết của chứng cứ 29

1.3 Câu hỏi và giả thuyết nghiên cứu ..... 31 1.4 Phương pháp nghiên cứu 34

1.4.1 Phương pháp luận 34

1.4.2 Phương pháp nghiên cứu 35

1.5 Những điểm mới khoa học của luận án 36

1.6 Bố cục luận án 37

Kết luận Chương 1 ..... 38 CHƯƠNG 2. PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ THU THẬP CHỨNG CỨ ĐIỆN TỬ 39

2.1 Cơ sở khoa học và lý thuyết cho việc thu thập chứng cứ điện tử 39

2.1.1 Cơ sở khoa học 39

2.1.2 Cơ sở lý thuyết 41

2.2 Nội dung thu thập chứng cứ điện tử 42

2.2.1 Khái niệm về thu thập chứng cứ điện tử 42

2.2.2 Bản chất thu thập chứng cứ điện tử 45

2.2.3 Nguyên tắc và phương pháp thu thập chứng cứ điện tử 46

2.2.4 Biện pháp thu thập chứng cứ điện tử 52

2.3 Các nhân tố tác động đến quá trình thu thập chứng cứ điện tử 57

2.3.1 Quyền riêng tư 57

2.3.2 Quyền sở hữu dữ liệu điện tử 61

2.3.3 Nghĩa vụ cung cấp chứng cứ điện tử của bên thứ ba 62

2.3.4 Thu thập chứng cứ điện tử trong bối cảnh toàn cầu hóa 66

2.4 Mô hình quy trình điều tra kỹ thuật số để thu thập chứng cứ điện tử 69

2.4.1 Lý do xây dựng quy trình điều tra kỹ thuật số 69

2.4.2 Đánh giá các mô hình đã có 71

2.4.3 Đề xuất mô hình phù hợp 77

Kết luận Chương 2 ..... 85 CHƯƠNG 3. PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ CHẤP NHẬN CHỨNG CỨ ĐIỆN TỬ 86

3.1 Cơ sở lý thuyết chấp nhận chứng cứ điện tử 86

3.1.1 Theo hệ thống Thông luật 86

3.1.2 Theo hệ thống Dân luật 88

3.1.3 Theo pháp luật Việt Nam 89

3.1.4 Đánh giá, nhận xét 89

3.2 Sự cần thiết của tiêu chí chấp nhận chứng cứ điện tử 90

3.2.1 Khái niệm chấp nhận chứng cứ điện tử 90

3.2.2 Bản chất của chấp nhận chứng cứ điện tử 90

3.2.3 Yêu cầu khách quan của các tiêu chí chấp nhận chứng cứ điện tử 90

3.3 Nội dung yêu cầu pháp lý..... 92

3.3.1. Tính liên quan 92

3.3.2. Tính xác thực 93

3.3.3. Tính hợp pháp 99

3.3.4. Độ tin cậy của chứng cứ điện tử 101

3.3.5. Tính toàn vẹn của chứng cứ điện tử 102

3.3.6. Tính hữu dụng 103

3.4 Nội dung yêu cầu công nghệ 103

3.4.1. Mô hình điều tra kỹ thuật số 103

3.4.2. Pháp luật hóa công cụ pháp y kỹ thuật số 103

3.4.3. Kỹ thuật giám sát nguồn gốc chứng cứ điện tử 104

3.4.4. Năng lực chủ thể thực hiện pháp y kỹ thuật số 104

3.4.5. Chất lượng phòng thí nghiệm pháp y kỹ thuật số 105

3.4.6. Kiểm tra tính nguyên vẹn về dữ liệu điện tử 106

3.4.7. Nhân chứng chuyên gia trong lĩnh vực pháp y kỹ thuật số 106

3.4.8. Kết luận pháp y kỹ thuật số 106

3.5 Nội dung yêu cầu chứng minh ..... 107 3.6 Mô hình quy trình chấp nhận chứng cứ điện tử cho pháp luật Việt Nam ... 107

3.6.1. Lý do xây dựng mô hình 107

3.6.2. Xây dựng mô hình 107

Kết luận Chương 3 ..... 110 CHƯƠNG 4. SỬ DỤNG CHỨNG CỨ ĐIỆN TỬ, KIẾN NGHỊ SỬA ĐỔI PHÁP LUẬT VIỆT NAM 111

4.1 Cơ sở lý thuyết sử dụng chứng cứ điện tử ..... 111 4.2 Những vấn đề căn bản trong sử dụng chứng cứ điện tử 113

4.2.1 Nguồn gốc và quá trình hình thành chứng cứ điện tử 113

4.2.2 Khái niệm sử dụng chứng cứ điện tử 114

4.2.3 Bản chất của sử dụng chứng cứ điện tử 114
4.2.4 Nguyên tắc sử dụng chứng cứ điện tử 115
4.3 Sử dụng chứng cứ điện tử trong các tình huống pháp lý 117
4.3.1 Tranh chấp sở hữu trí tuệ trong không gian mạng 117
4.3.2 Sử dụng chứng cứ điện tử trong tranh chấp hợp đồng 121
4.3.3 Sử dụng chứng cứ điện tử vi phạm luật cạnh tranh trong nền kinh tế số 128
4.3.4 Sử dụng chứng cứ điện tử trong vụ án hình sự 131
4.4 Kiến nghị sửa đổi, bổ sung pháp luật Việt Nam liên quan đến chứng cứ điện tử
……135
4.4.1 Khái niệm, xác định, đánh giá chứng cứ 137
4.4.2 Thu thập, sử dụng chứng cứ 140
Kết luận Chương 4 144
KẾT LUẬN 145
DANH MỤC CÔNG TRÌNH CỦA TÁC GIẢ I
DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO II

DANH MỤC TỪ VIẾT TẮT

Chữ viết tắt	Tiếng Anh	Tiếng Việt
ACPO	Association of Chief Police Officers of England	Hiệp hội Cảnh sát trưởng Anh quốc
EC	Electronic Commerce	Thương mại điện tử
ESI	Electronically Store Information	Thông tin lưu trữ điện tử
IDIP	Integrated Digital Investigation Process	Quy trình điều tra kỹ thuật số tích hợp
IMEI	International Mobile Equipment Identity	Nhận dạng thiết bị di động quốc tế
IOCE	International Organization on Computer Evidence	Tổ chức quốc tế chứng cứ máy tính
IP	Internet Protocol	Giao thức Internet

ITU	International Telecommunication Union	Hội đồng Liên minh Viễn thông quốc tế
MDFIPM	A multidisciplinary digital forensic investigation process model	Mô hình quy trình điều tra pháp y kỹ thuật số đa nền tảng
NIST	National Institute of Standards and Technology	Viện Tiêu chuẩn và Công nghệ Mỹ
SDFIPM	The Standardised Digital Forensic Investigation Process Model	Mô hình quy trình điều tra pháp y kỹ thuật số được tiêu chuẩn hóa
SRDFIM	Systematic Digital Forensic Investigation Model	Điều tra pháp y kỹ thuật số có hệ thống
VECOM	Vietnam E-Commerce Association	Hiệp hội Thương mại điện tử Việt Nam

DANH MỤC HÌNH

Hình 1.1. Mô hình của quy trình điều tra kỹ thuật số tích hợp - IDIP

Hình 1.2. Mô hình Điều tra pháp y kỹ thuật số có hệ thống - SRDFIM

Hình 1.3. Mô hình vấn đề nghiên cứu của đề tài

Hình 2.1. Mô phỏng quá trình thu thập chứng cứ điện tử

Hình 2.2. Mối quan hệ giữa điều tra kỹ thuật số và thu thập chứng cứ điện tử

Hình 2.3. Mô hình quy trình điều tra pháp y kỹ thuật số đa nền tảng - MDFIPM

Hình 2.4. Mô hình quy trình điều tra pháp y kỹ thuật số được chuẩn hóa - SDFIPM

Hình 2.5. Mô hình nhận thức thu thập chứng cứ điện tử từ điều tra kỹ thuật số

Hình 2.6. Mô hình điều tra kỹ thuật số thu thập chứng cứ điện tử ở cấp độ trừu tượng

Hình 3.1. Mô hình quy trình chấp nhận chứng cứ điện tử

TÓM TẮT

Trong thời đại công nghệ thông tin, con người giao tiếp thường xuyên với nhau thông qua các phương tiện điện tử, kỹ thuật số và để lại vô vàn dấu vết dưới dạng dữ liệu điện tử. Khi xảy ra tranh chấp, cần làm rõ sự việc, hiện tượng, chứng minh tình huống pháp lý, Tòa án hoặc các cơ quan tài phán khác, chủ thể tham gia tố tụng, phải thu thập chứng cứ có nguồn từ dữ liệu điện tử, hay còn gọi là chứng cứ điện tử.

Đáp ứng yêu cầu đòi hỏi của thực tiễn, pháp luật Việt Nam đã thừa nhận loại hình chứng cứ này. Tuy nhiên, trên thực tế các chủ thể tố tụng gặp rất nhiều khó khăn trong việc sử dụng chứng cứ điện tử, nguyên nhân vấn đề cần được làm rõ. Chính vì vậy, nghiên cứu sinh chọn đề tài ***"Pháp luật Việt Nam về chứng cứ điện tử"*** để nghiên cứu lý thuyết chứng cứ, chứng cứ điện tử, hệ thống pháp luật thực định trong hệ thống Thông luật, Dân luật, nhằm làm rõ nguyên nhân của khó khăn trong việc sử dụng chứng cứ điện tử trên nền tảng pháp luật Việt Nam hiện hành. Trên cơ sở đó, đề tài kiến nghị chỉnh sửa các điều luật trong hệ thống pháp luật Việt Nam, phù hợp với yêu cầu khách quan của chứng cứ điện tử.

Để giải quyết mục tiêu nghiên cứu của luận án, nghiên cứu sinh tiến hành nghiên cứu các kết quả đã có về chứng cứ, chứng cứ điện tử trong hai hệ thống Thông luật và Dân luật của các quốc gia Mỹ, Anh, Pháp, Đức và pháp luật Việt Nam hiện hành. Từ đó, nghiên cứu sinh cho thấy các vấn đề khó khăn ở chỗ thu thập chứng cứ điện tử; chấp nhận chứng cứ điện tử; sử dụng chứng cứ điện tử để thực hiện nghĩa vụ chứng minh (*burden of proof*) bao gồm: Nghĩa vụ yêu cầu (*burden of pleading*), nghĩa vụ chứng minh nội dung (*burden of persuasion*), nghĩa vụ chứng minh hình thức hay còn gọi là nghĩa vụ cung cấp chứng cứ (*burden of production*). Hiện nay, ở nước ta, những vấn đề này vẫn chưa được làm rõ về cả lý thuyết lẫn pháp luật thực định.

Trên cơ sở đó, nhằm giải quyết các vấn đề nghiên cứu, nghiên cứu sinh có nhiệm vụ phải làm rõ các khái niệm, nội dung thu thập, chấp nhận, sử dụng chứng cứ điện tử thực hiện nghĩa vụ chứng minh, cũng như xây dựng quy trình điều tra thu thập chứng cứ điện tử. Từ đó, nghiên cứu sinh xây dựng bộ tiêu chí chấp nhận chứng cứ điện tử, hệ thống nguyên tắc sử dụng chứng cứ điện tử. Đồng thời, nghiên cứu sinh chỉ ra các các vấn đề cần được bổ sung, chỉnh sửa trong hệ thống pháp luật Việt Nam có liên quan, đáp ứng đòi hỏi khách quan trong việc sử dụng chứng cứ điện tử, trong chứng minh các tình huống pháp lý của các chủ thể tham gia tố tụng, trong lĩnh vực dân sự, hình sự.

Từ khóa: chứng cứ, chứng cứ điện tử, chứng cứ kỹ thuật số, chứng cứ máy tính.

ABSTRACT

In the information technology age, people communicate through electronic and digital means and leave countless traces in the form of electronic data. When a dispute occurs, it is necessary to clarify facts and phenomena, prove the legal situation, the judicial authorities, the Court or other jurisdictions, the subjects participating in the proceedings, must collect the evidence derived from electronic data, also known as electronic evidence. To fulfil the requirements of practice, Vietnamese law has recognized this type of evidence. However, in reality, legal subjects face many difficulties in using electronic evidence, the cause of the problem needs to be clarified. Therefore, the PhD student chooses the topic: Vietnamese law on electronic evidence, to study the theory of evidence, electronic evidence, the practical legal system in the School of Common Law, Civil Law, to clarify the causes of difficulties in using electronic evidence based on current Vietnamese law, from which, propose proposals to amend the laws in the Vietnamese legal system to suit the requirements of the Vietnamese legal system, inquiring about the objective nature of electronic evidence.

To solve the research objectives of the thesis, the PhD student researches the existing results of evidence and electronic evidence; There are two systems of common law, the civil law of the US, UK, France, Germany and current Vietnamese law for the case of electronic evidence. From there, it shows that the complicated problems lie in the collection of electronic evidence; accept electronic evidence; using electronic evidence to fulfil the burden of proof, including the burden of pleading, the burden of persuasion, the burden of production, according to Vietnamese law, there are still many issues that need to be clarified in both theory and practice law.

On that basis, to solve research problems, the PhD student has to clarify the concepts and contents of collecting, accepting and using electronic evidence to perform the burden of proof, as well as develop an investigation process to collect electronic evidence, a set of criteria for accepting electronic evidence, a system of principles for using electronic evidence; points out the issues that need to be supplemented and corrected in the relevant Vietnamese legal system, meeting the objective requirements of using electronic evidence, in proving the legal situations of the participants' litigation, in the field of civil and criminal.

Keywords: evidence, electronic evidence, digital evidence, computer evidence.

PHẦN MỞ ĐẦU

1. Lý do lựa chọn đề tài

Với việc sử dụng Internet và mạng máy tính để mua, bán, trao đổi dữ liệu, vận chuyển hàng hóa hoặc dịch vụ, thế giới bước vào giai đoạn phát triển nhanh chóng của nền kinh tế số, biểu hiện đặc trưng là thương mại điện tử (EC) (Turban et al., 2010). Dự báo đến năm 2025, thị trường hàng tiêu dùng tăng nhanh, thông qua thương mại điện tử sẽ trở thành thị trường trị giá 170 tỷ USD và nắm giữ 10% thị phần (Roger & Batty, 2017). Tại Việt Nam, Hiệp hội Thương mại điện tử Việt Nam - VECOM đã tiến hành khảo sát doanh nghiệp thuộc nhiều lĩnh vực kinh doanh, ước tính tốc độ tăng trưởng thương mại điện tử của năm 2017 tăng 25% so với năm 2016, năm 2018 duy trì đà tăng trưởng này (Phạm Thanh Bình, 2018).

Kinh tế số phát triển, số lượng hợp đồng điện tử gia tăng theo sự phát triển thương mại điện tử. Đi đôi với sự gia tăng này là các tình huống phát sinh tranh chấp hợp đồng điện tử. Vấn đề chứng cứ, chứng minh của các chủ thể có nghĩa vụ chứng minh, đang gây khó khăn cho các cơ quan tài phán. Hợp đồng điện tử với chứng cứ chứng minh tương ứng là chứng cứ điện tử gây ra nhiều rào cản trong việc thu thập, đánh giá, chấp nhận, sử dụng loại chứng cứ này.

Ngoài ra, kinh tế số phát triển cũng dẫn đến những vấn đề mới phát sinh như nhận diện về hình thức đến bản chất tác phẩm, sản phẩm giải trí như ca nhạc, biểu diễn, phim, ảnh, sách, hội họa, hình ảnh, âm thanh… thể hiện dưới dạng số hóa. Cơ sở dữ liệu điện tử của một công ty cũng cần phải được pháp luật bảo hộ, nó không chỉ là bí mật kinh doanh mà còn là thông tin tạo ra giá trị trong kinh doanh. Tên miền của một trang web cũng là sở hữu trí tuệ cần được bảo hộ. Thiết kế, giao diện/view của một trang web được xem là một kiểu dáng công nghiệp, mã nguồn của trang web, phần mềm, quy trình kinh doanh trên thương mại điện tử… cũng cần được bảo hộ. Như vậy, tài sản sở hữu trí tuệ đã chính thức dịch chuyển vào Internet, hòa trong dòng chảy dữ liệu điện tử sở hữu trí tuệ. Vì vậy, giải quyết các tranh chấp sở hữu trí tuệ trên không gian mạng, phải cần đến việc sử dụng chứng cứ điện tử.

Cạnh tranh trong nền kinh tế số có rất nhiều vấn đề mới cần được đặt ra để xem xét như: (1) Độc quyền kỹ thuật số ảnh hưởng đến cạnh tranh và đổi mới hoặc không; (2) độc quyền kỹ thuật số có thể độc quyền các thị trường khác; (3) các công ty độc

quyền kỹ thuật số có ý đồ kìm giữ khách hàng (*lock-in*[1]); (4) dữ liệu riêng tư và bảo mật; (5) tính năng chặn địa lý (*Geo-blocking*[2]) có thể cản trở thị trường kỹ thuật số; (6) bằng sáng chế có thể được sử dụng để ngăn chặn truy cập vào công nghệ; (7)

Gatekeeper[2] của các nhà cung cấp dịch vụ Internet, có thể có tác động tiêu cực đến động lực thị trường; (8) hỗ trợ phát triển công nghệ của nhà nước có thể làm ảnh hưởng đến thị trường tự do cạnh tranh; (9) chính sách đối với phổ tần vô tuyến tác động đến cạnh tranh; (10) chính sách thuế gây méo mó cạnh tranh (Reigeluth T, 2014). Trong tố tụng cạnh tranh của nền kinh tế số cũng cần chứng cứ điện tử để chứng minh hành vi hạn chế cạnh tranh.

Bên cạnh đó, kinh tế số phát triển, đi đôi với nó là quy mô hoạt động của tội phạm mạng trên thế giới ngày càng gia tăng. Thống kê từ một nhà cung cấp dịch vụ Internet cho thấy, có khoảng 80 tỷ lượt dò quét có ý đồ xấu mỗi ngày. Cùng với đó là số lượng mã độc gia tăng từ 300.000 đến một triệu mã độc được tạo ra mỗi ngày. Tội phạm mạng đứng hàng thứ ba sau tham nhũng và buôn bán ma túy, trong việc gây thiệt hại cho nền kinh tế toàn cầu (Đức Huy, 2022). Công ty bảo mật McAfee kết hợp với Trung tâm Nghiên cứu chiến lược và quốc tế (Center for Strategic and International Studies - CSIS) cho ra một báo cáo ước tính tội phạm làm cho nền kinh tế thế giới năm 2014 thiệt hại 445 tỷ USD, chiếm 0,62% tổng GDP toàn cầu, năm 2017 thiệt hại cho nền kinh tế toàn cầu là 600 tỷ USD, chiếm 0,8% GDP toàn cầu (Grimm, H. P. W, 2018). Cybersecurity Ventures dự đoán tội phạm mạng sẽ gây ra thiệt hại trên thế giới vượt quá 6.000 tỷ USD hàng năm vào năm 2021 (Nguyễn Thị Ánh Ngọc và cộng sự, 2019). Ở Việt Nam, qua truyền thông cũng cho thấy, tình hình tội phạm mạng, diễn biến hết sức phức tạp. Theo thống kê của Cục An toàn thông tin, Bộ Thông tin truyền thông, *"trong năm 2017 ghi nhận khoảng 14.000 cuộc tấn công mạng vào các hệ thống thông tin của Việt Nam, bao gồm gần 3.000 cuộc tấn công lừa đảo, 6.500 tấn công cài phần mềm độc hại và 4.500 tấn công thay đổi giao diện"* (Trần Thế Hệ, 2019). Muốn chứng minh tội phạm hoạt động trên không gian mạng, chắc chắn phải cần đến chứng cứ có nguồn gốc từ dữ liệu điện tử, hay khác hơn là chứng cứ điện tử.

[1] Là sự phụ thuộc của khách hàng vào dịch vụ/sản phẩm mà doanh nghiệp cung cấp (tác giả). [2]
Hạn chế việc truy cập vào Internet dựa trên vị trí địa lý người dùng (tác giả).

[2] Gatekeeper là phần tử của mạng chịu trách nhiệm quản lý việc đăng ký, chấp nhận và trạng thái của các thiết bị đầu cuối và Gateway (tác giả).

Thời gian qua, hệ thống pháp luật Việt Nam đã mở đường cho các cơ quan tư pháp, luật sư và công dân sử dụng chứng cứ điện tử trong các vụ tranh chấp dân sự, cũng như các vụ án hình sự, cụ thể là trong lĩnh vực dân sự, kinh doanh, thương mại và các lĩnh vực khác do pháp luật quy định[3]. Các quy định pháp luật Việt Nam đã xác định thông điệp điện tử[4] có giá trị làm chứng cứ[6], thừa nhận địa vị pháp lý của hợp

đồng điện tử[7]. Chứng từ điện tử trong hoạt động tài chính[5], chứng từ trong thương mại điện tử (chứng từ điện tử)[6] cũng là một dạng của thông điệp điện tử. Trong lĩnh vực dịch vụ công giữa cơ quan nhà nước và các tổ chức cá nhân cũng phải tuân thủ Luật Giao dịch điện tử năm 2005[7]. Luật Cạnh tranh năm 2018 cũng thừa nhận dữ liệu điện tử là nguồn của chứng cứ[8], xác định thông điệp dữ liệu điện tử là chứng cứ[9]. Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 cũng công nhận dữ liệu điện tử là nguồn của chứng cứ[10], và xác định thông điệp dữ liệu điện tử[11], chứng từ điện tử là chứng cứ[12]. Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021) cũng xem dữ liệu điện tử là nguồn của chứng cứ[13]. Đồng thời bộ luật này cũng quy định về thu thập chứng cứ[14] có nguồn là dữ liệu điện tử[15].

Tuy nhiên, trên thực tế các vụ việc dân sự, thương mại, kinh tế, hành chính, vụ án hình sự có sử dụng chứng cứ điện tử, được các cơ quan tư pháp thụ lý gặp rất nhiều

[3] Điều 1 Luật Giao dịch điện tử năm 2005.

[4] Theo khoản 12 Điều 4 Luật Giao dịch điện tử năm 2005 thì *"Thông điệp điện tử là thông tin được tạo ra, được gửi đi, được nhận, và được lưu trữ bằng phương tiện điện tử"*. [6] Điều 14 Luật Giao dịch điện tử năm 2005.

[5] Khoản 3 Điều 3 Nghị định số 165/2018/NĐ-CP ngày 24/12/2018 của Chính phủ về giao dịch điện tử trong lĩnh vực tài chính quy định: *"Chứng từ điện tử trong hoạt động tài chính" (gọi tắt là "chứng từ điện tử") là thông tin được tạo ra, gửi đi, nhận và lưu trữ bằng phương tiện điện tử khi thực hiện giao dịch điện tử trong hoạt động tài chính; bao gồm chứng từ, báo cáo, hợp đồng, thỏa thuận, thông tin giao dịch, thông tin thực hiện thủ tục hành chính và các loại thông tin, dữ liệu khác theo quy định của pháp luật chuyên ngành"*.

[6] Khoản 3 Điều 3 Nghị định số 52/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 85/2021/NĐ-CP) về thương mại điện tử quy định: *"Chứng từ điện tử trong giao dịch thương mại (dưới đây gọi tắt là chứng từ điện tử) là hợp đồng, đề nghị, thông báo, xác nhận hoặc các tài liệu khác ở dạng thông điệp dữ liệu do các bên đưa ra liên quan tới việc giao kết hay thực hiện hợp đồng"*.

[7] Điều 1 Luật Giao dịch điện tử năm 2005.

[8] Khoản 2 Điều 56 Luật Cạnh tranh năm 2018.

[9] Khoản 3 Điều 56 Luật Cạnh tranh năm 2018.

[10] Khoản 1 Điều 94 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

[11] Trao đổi dữ liệu điện tử (*EDI - electronic data interchange*) là sự chuyển thông tin từ máy tính này sang máy tính khác bằng phương tiện điện tử theo một tiêu chuẩn đã được thỏa thuận về cấu trúc thông tin. Khoản 15 Điều 14 Luật Giao dịch điện tử.

[12] Khoản 3 Điều 95 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

[13] Khoản 1 Điều 87 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021).

[14] Điều 88 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021)..

[15] Điều 99 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021)..

khó khăn. Các chủ thể tham gia tố tụng thường lúng túng, bị động, hạn chế, hoạt động không hiệu quả trong việc sử dụng chứng cứ điện tử, từ khâu thu thập, đánh giá, chấp nhận, thực hiện nghĩa vụ, trách nhiệm, quyền chứng minh trên nền tảng pháp luật của Việt Nam (Đinh Thế Hưng - Lê Thị Hồng Xuân, 2019). Đặc biệt, chính sách, pháp luật trong thu thập chứng cứ điện tử trong hầu hết các lĩnh vực, còn nhiều bất cập. Không đáp ứng tốt cho yêu cầu tố tụng, mà còn có mặt tác động tiêu cực đối với các hoạt động kinh doanh, thương mại cho nền kinh tế.

Khó khăn nêu trên là do trong quá trình thực thi pháp luật Việt Nam, các chủ thể tham gia tố tụng chưa được hướng dẫn trình tự, thủ tục thu thập chứng cứ điện tử. Việc đánh giá và chấp nhận chứng cứ điện tử chưa có tiêu chí thống nhất, minh bạch.
Sử dụng chứng cứ điện tử thực hiện nghĩa vụ, trách nhiệm chứng minh của các chủ thể

[7] Điều 33, 34 Luật Giao dịch điện tử năm 2005.

tham gia tố tụng còn nhiều sơ hở, thiếu sót, không bảo đảm tính khoa học, logic. Chính vì vậy, tác giả chọn đề tài ***"Pháp luật Việt Nam về chứng cứ điện tử"*** để làm luận án tiến sĩ Luật học. Việc lựa chọn đề tài này mang tính cấp thiết, nhằm bảo đảm việc sử dụng đúng bản chất, hiệu quả của chứng cứ điện tử trong điều kiện của Việt Nam hiện nay, đáp ứng được các yêu cầu công bằng, minh bạch trong phán quyết các vụ kiện dân sự, vụ án hình sự.

2. Mục tiêu nghiên cứu

- Phân tích cơ sở lý luận về chứng cứ điện tử;
- Phân tích cơ sở lý luận về thu thập, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử;
- Phân tích các nguyên tắc, phương pháp, biện pháp thu thập chứng cứ điện tử cũng như các nhân tố tác động đến quá trình thu thập chứng cứ điện tử. Phân tích và xây dựng các tiêu chí chấp nhận chứng cứ điện tử, chứng minh nhu cầu và khả năng sử dụng chứng cứ điện tử trong các tình huống pháp lý.
- Bên cạnh đó, đề tài cũng đánh giá thực trạng pháp luật Việt Nam và tham khảo kinh nghiệm quốc tế, sử dụng các cách tiếp cận, kinh nghiệm quốc tế, thực tiễn để đưa tới hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam liên quan chứng cứ điện tử.

Trên cơ sở đó, đề tài làm rõ nhu cầu khách quan, quan điểm, phương hướng đổi mới cũng như giải pháp nâng cao việc thu thập, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử, từ đó đề tài đề xuất những giải pháp hoàn thiện các quy định pháp luật về thu thập, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử trong hoạt động tố tụng.

Như vậy, mục tiêu nghiên cứu của đề tài: *Dựa vào việc nghiên cứu lý thuyết chứng cứ, chứng cứ điện tử, các quy định pháp luật về chứng cứ trong hệ thống Thông luật và Dân luật, để chỉ ra những nguyên nhân dẫn đến khó khăn, vướng mắc trong việc sử dụng chứng cứ điện tử trên nền tảng pháp luật Việt Nam hiện có. Đồng thời, đề xuất thay đổi, bổ sung, chỉnh sửa các quy định trong hệ thống pháp luật Việt Nam có liên quan đến chứng cứ điện tử, cho phù hợp với yêu cầu của việc sử dụng chứng cứ điện tử.*

Với mục tiêu nghiên cứu trên, đề tài có các nhiệm vụ sau:

a. Nghiên cứu lý thuyết chứng cứ, chứng cứ điện tử để xác định mối quan hệ giữa chứng cứ và chứng cứ điện tử. Từ đó vận dụng các phương pháp, biện pháp thu thập chứng cứ trong điều tra hình sự, dân sự, pháp y số (*digital forensic*) để xây dựng nội dung, nguyên tắc, phương pháp, biện pháp phù hợp với việc thu thập chứng cứ điện tử. Đồng thời, phân tích mức độ ảnh hưởng của các yếu tố, cũng như thách thức có liên quan gặp phải trong quá trình thu thập chứng cứ điện tử. Đề xuất một quy trình điều tra thu thập chứng cứ điện tử cho pháp luật Việt Nam phù hợp yêu cầu sử dụng chứng cứ điện tử trong nước và hợp tác quốc tế.

b. Nghiên cứu tiêu chí đánh giá, chấp nhận chứng cứ theo lý thuyết chứng cứ và Luật Chứng cứ trong hệ thống Thông luật, Dân luật cũng như pháp luật Việt Nam và những yêu cầu khách quan của việc chấp nhận chứng cứ điện tử. Đề tài hướng đến việc xây dựng bộ tiêu chí đánh giá và chấp nhận chứng cứ điện tử cho pháp luật Việt Nam, phục vụ cho việc phán quyết của Tòa án và các định chế tài phán khác một cách khách quan, công bằng, minh bạch.

c. Nghiên cứu vận dụng lý thuyết chứng minh, trong việc sử dụng chứng cứ thực hiện nghĩa vụ, trách nhiệm và quyền chứng minh; để hoàn chỉnh nội dung, nguyên tắc sử dụng công cụ chứng cứ điện tử thực hiện quyền, nghĩa vụ, trách nhiệm chứng minh của các chủ thể tham gia tố tụng. Phân tích các yếu tố tác động đến quá trình chứng minh một sự kiện pháp lý theo pháp luật Việt Nam, chỉ ra các vướng mắc gặp phải khi thu thập, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử.

d. Từ cơ sở giải quyết các vấn đề thu thập, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử, tác giả kiến nghị đề xuất sửa đổi pháp luật Việt Nam cho phù hợp với yêu cầu khách quan của việc thu thập, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử.

3. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu

3.1. Đối tượng nghiên cứu

Đối tượng nghiên cứu của Luận án là pháp luật về chứng cứ điện tử gồm những vấn đề sau:

- Nghiên cứu, phân tích các quan điểm hiện tại về chứng cứ và chứng cứ điện tử, đưa ra khái niệm, bản chất của thu thập, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử.
- Nghiên cứu, phân tích phương pháp, biện pháp thu thập chứng cứ điện tử; nguyên tắc thu thập, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử. Đánh giá các thành tựu cũng như những hạn chế trong việc thu thập, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử.
- Làm sáng tỏ luận điểm về thu thập, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử trong hệ thống Thông luật và Dân luật. Đồng thời làm sáng tỏ tính liên quan, tính khách quan (xác thực), tính hợp pháp của chứng cứ điện tử.
- Xây dựng, củng cố quan điểm về thu thập, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử trong hoạt động tố tụng và xây dựng nhà nước pháp quyền ở Việt Nam. Đồng thời, đề xuất những giải pháp cụ thể nhằm hoàn thiện pháp luật cũng như tăng cường hiệu quả thu thập, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử; theo hướng đáp ứng yêu cầu đảm bảo an ninh công cộng, tố tụng dân sự, kinh tế, hành chánh; bên cạnh bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của chủ thể kinh tế trong hoạt động kinh doanh.

3.2. Phạm vi nghiên cứu

Phạm vi nghiên cứu của Luận án là hệ thống pháp luật Việt Nam và một số nước trên thế giới về chứng cứ điện tử. Đề tài "*Pháp luật Việt Nam về chứng cứ điện tử"*, nghiên cứu về tất cả các quy định, quy tắc trong hệ thống pháp luật Việt Nam, có liên quan, tác động đến việc thu thập, đánh giá, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử. Đề tài không tập trung nghiên cứu riêng một ngành luật cụ thể nào hiện có trong hệ thống pháp luật của Việt Nam. Đồng thời, đề tài cũng nghiên cứu lý thuyết chứng cứ, Luật Chứng cứ trong các hệ thống Thông luật và Dân luật, điển hình của các quốc gia Hoa Kỳ, Anh, Pháp, Đức. Việc nghiên cứu các quy định pháp luật về chứng cứ điện tử trong các hệ thống pháp luật, cũng như ở một số quốc gia điển hình hướng đến mục đích chính là tiếp thu, tham khảo và đề xuất các nội dung hợp lý, thoả mãn yêu cầu tố tụng, nhưng vẫn đáp ứng được nhu cầu phát triển kinh tế; nhằm xây dựng và hoàn thiện khung pháp lý về chứng cứ điện tử trong pháp luật Việt Nam. Do thời gian nghiên cứu có hạn, nên đề tài chỉ được giới hạn trong phạm vi đề xuất cải cách pháp

luật có liên quan, chưa có điều kiện đánh giá tác động của các đề xuất này đến lợi ích của các thành phần trong xã hội, đặc biệt chủ thể hoạt động kinh tế.

4. Ý nghĩa lý luận và thực tiễn

Với nội dung trình bày, luận án phải nêu được tổng quan quá trình nghiên cứu về các vấn đề có liên quan đến chứng cứ điện tử, hay còn có tên gọi khác là chứng cứ số, chứng cứ máy tính, trong mối liên hệ với hệ thống pháp luật và nền tảng khoa học khác có liên quan. Qua đó cũng chỉ ra được các lý thuyết nghiên cứu, làm cơ sở cho việc điều chỉnh chế định chứng cứ và các chế định khác có liên quan, mở đường cho việc sử dụng chứng cứ điện tử ngày càng hiệu quả hơn ở Việt Nam.

Trên cơ sở xây dựng nội dung, phân tích đánh giá những tác động đến quá trình thu thập dữ liệu điện tử, đề xuất một mô hình quy trình điều tra thu thập chứng cứ điện tử. Luận án cũng xây dựng bộ tiêu chí giúp cho các chủ thể tham gia tố tụng, Tòa án và cơ quan tài phán khác có căn cứ để đánh giá và chấp nhận chứng cứ điện tử. Đồng thời, Luận án cũng sẽ chỉ ra luận cứ quan trọng, cho các chủ thể tham gia tố tụng sử dụng chứng cứ điện tử hoàn thành nghĩa vụ, trách nhiệm và quyền chứng minh trong một sự kiện pháp lý một cách khoa học, logic, thuyết phục. Trên cơ sở quy trình điều tra thu thập chứng cứ điện tử, tiêu chí chấp nhận, các luận cứ cơ bản sử dụng chứng cứ điện tử, vừa được xây dựng đáp ứng được yêu cầu khách quan của chứng cứ điện tử; từ đó, đóng góp đáng kể, có hiệu quả vào việc kiến nghị sửa đổi hệ thống pháp luật Việt Nam, cho phù hợp với yêu cầu tồn tại khách quan của chứng cứ điện tử trong quá trình sử dụng ở Việt Nam.

CHƯƠNG 1. TỔNG QUAN VỀ VẤN ĐỀ NGHIÊN CỨU

1.1 Tổng quan về tình hình nghiên cứu

Về mặt bản chất, chứng cứ điện tử là một loại chứng cứ. Tuy nhiên, do nguồn gốc hình thành, nên chứng cứ điện tử có những tính chất, đặc điểm riêng. Việc thu thập, đánh giá, chấp nhận, sử dụng chứng cứ điện tử của các chủ thể tham gia tố tụng thực hiện nghĩa vụ, trách nhiệm và quyền chứng minh được thực hiện như thế nào, thể hiện qua kết quả các công trình nghiên cứu trong và ngoài nước. Đó là lý do cần phải nghiên cứu các công trình đã có về những vấn đề này.

1.1.1 Các công trình nghiên cứu chung về chứng cứ điện tử

Chứng cứ điện tử không là vấn đề quá mới mẻ. Trên thế giới đã có một số công trình nghiên cứu về vấn đề này. Cụ thể, năm 1993, FBI tổ chức hội nghị quốc tế đầu tiên về chứng cứ máy tính. Năm 1995, tại hội nghị lần thứ 2, Tổ chức Quốc tế về bằng

chứng máy tính (*International Organization on Computer Evidence - IOCE*) được thành lập, đánh dấu sự mở đầu cho việc sử dụng chứng cứ điện tử mang tầm quốc tế trong lĩnh vực điều tra hình sự (Pollit, M., 2007). Từ đó đến nay, có rất nhiều công trình nghiên cứu về vấn đề này ở nhiều góc độ khác nhau.

1.1.1.1 Trên thế giới

a) Quyển sách "Electronic Evidence" của đồng tác giả Stephen Mason và Daniel Seng, nhà xuất bản Đại học Luân Đôn (University of London Press), năm 2010.

Đây là sách chuyên khảo viết tương đối đầy đủ về chứng cứ điện tử. Sách trình bày những vấn đề liên quan đến chứng cứ điện tử như khái niệm, đặc điểm, phân loại chứng cứ điện tử. Cuốn sách có 10 chương với 426 trang đã cung cấp cho người đọc góc nhìn tổng quan nhất về chứng cứ điện tử.

Chương 1 của sách chỉ ra các nguồn thiết bị, hệ thống, công nghệ cung cấp dữ liệu điện tử, có thể trở thành chứng cứ điện tử. Chương 2 của sách nêu tính chất, đặc điểm của chứng cứ điện tử phụ thuộc vào máy móc, phần mềm, công nghệ lưu trữ, tính trung gian của công nghệ trong bằng chứng số, tốc độ phát triển công nghệ, dễ nhân bản, cuối cùng là siêu dữ liệu của dữ liệu điện tử là sự xác thực, xác định xuất xứ của dữ liệu điện tử. Chương 3 và 4 của sách cung cấp về các khái niệm có liên quan đến chứng cứ điện tử như tính hợp pháp, tính khách quan, tính liên quan của chứng cứ điện tử. Chương 5, 6, 7 và 8 của sách trình bày các loại chứng cứ điện tử, tính xác thực của chứng cứ điện tử, chứng cứ điện tử trong trường hợp bị mã hóa. Chương 8 và 9 của sách trình bày tổng quan về phân tích, thu thập, kiểm tra chứng cứ số và năng lực nhân chứng chuyên gia (Stephen Mason & Daniel Seng, 2017). Vì là sách chuyên khảo nên đề cập đến rất nhiều vấn đề lý luận về chứng cứ điện tử. Tuy nhiên, những nội dung pháp lý liên quan đến chứng cứ điện tử trong hệ thống pháp luật các quốc gia chưa được làm rõ. Mặc dù vậy, đây được xem là tài liệu tham khảo quan trọng trong quá trình nghiên cứu chuyên sâu các vấn đề có liên quan đến chứng cứ điện tử trong luận án của nghiên cứu sinh.

b) Quyển sách "Digital Evidence and Computer Crime: Forensic Science, Computers, and the Internet" (3rd Edition) của tác giả Eoghan Casey, do Elsevier Inc xuất bản năm 2011.

Đây là cuốn sách viết về chứng cứ số hay còn được gọi là chứng cứ điện tử và điều tra tội phạm máy tính. Sách có 837 trang được chia ra thành 25 chương phân bố trong 05 phần.

Phần 1 từ Chương 1 đến Chương 5 tập trung vào những vấn đề quan trọng của chứng cứ số như: Chứng cứ số là gì, các định nghĩa đã có, nguyên tắc trong pháp y kỹ thuật số. Nhận thức của con người về chứng cứ số, sự cần thiết của chứng cứ điện tử phục vụ cho quá trình điều tra chứng minh tội phạm, và những thách thức của nó. Xây dựng các khái niệm thuật ngữ có liên quan đến tội phạm máy tính và điều tra tội phạm máy tính. Vấn đề độ tin cậy của chứng cứ điện tử tại Tòa án, dựa vào thiết lập và thực thi chuỗi quy trình thu thập, phân tích, bảo quản dữ liệu điện tử, cũng như trình bày của chuyên gia hay điều tra viên, để Tòa án có cơ sở đánh giá trên các tiêu chí chấp nhận của chứng cứ. Thảo luận các vấn đề pháp lý nảy sinh khi điều tra, liên quan đến tội phạm máy tính, trên cơ sở pháp luật của châu Âu và Hoa Kỳ. Phần 2 từ Chương 6 đến Chương 9 tập trung về điều tra số, chủ yếu là công tác bảo vệ, điều tra tại hiện trường số, thu thập chứng cứ điện tử, thực nghiệm hiện trường số, hay các vấn đề liên quan đến công nghệ và tội phạm. Phần 3 từ Chương 10 đến Chương 14 tập trung vào điều tra số các loại tội phạm cụ thể không thuộc phạm vi nghiên cứu của đề tài. Phần 4, Phần 5 từ Chương 15 đến Chương 25 là phần pháp y số cho máy tính, mạng, thiết bị di động, phần này nghiên về công nghệ và kỹ thuật (Eoghan Casey, 2011).

Quyển sách có các khái niệm, kiến thức cơ bản cho chứng cứ điện tử góc độ pháp luật. Đồng thời, cuốn sách cũng cung cấp cho chúng ta những điều cần thiết trong điều tra và pháp y số, đây là hai nền tảng kiến thức quan trọng cho việc thu thập chứng cứ điện tử. Bên cạnh đó sách cũng cung cấp cho chúng ta kiến thức chuyên sâu về việc áp dụng khoa học công nghệ, kỹ thuật để thu thập chứng cứ điện tử trong môi trường máy tính, mạng, thiết bị di động. Tuy nhiên, quyển sách này chưa trình bày những nội dung liên quan đến việc sử dụng chứng cứ điện tử chứng minh trong hoạt động tố tụng.

c) Tài liệu "Electronic Evidence in Civil and Administrative Proceedings" của Ủy ban Bộ trưởng Hội đồng châu Âu ngày 30/01/2019 về chứng cứ điện tử trong tiến trình tố tụng dân sự và hành chính.

Nhằm tạo nguyên tắc đồng thuận giữa các quốc gia trong Liên minh Châu Âu, Ủy ban Bộ trưởng của Hội đồng châu Âu phát hành ấn phẩm "Electronic Evidence in Civil and Administrative Proceedings" về chứng cứ điện tử. Tài liệu này giải thích, hướng dẫn các các vấn đề pháp lý có liên quan đến chứng cứ điện tử. Tài liệu hỗ trợ các quốc gia thành viên, trong việc điều chỉnh hoạt động của cơ quan tư pháp và cơ chế giải quyết các vấn đề phát sinh liên quan đến chứng cứ điện tử, trong tố tụng dân sự và hành chính như: (1) Lấy lời khai là chứng cứ miệng được thực hiện bởi một liên kết từ xa, qua hệ thống mạng máy tính, viễn thông. (2) Các vấn đề trong sử dụng bằng chứng

điện tử. (3) Thu thập, thu giữ và chuyển giao chứng cứ. (4) Giải thích thế nào là sự phù hợp hay là tính liên quan của chứng cứ điện tử. (5) Thế nào là độ tin cậy của chứng cứ điện tử. (6) Yêu cầu đạt được trong lưu trữ, bảo quản chứng cứ trong quá trình điều tra thu thập chứng cứ điện tử. (7) Yêu cầu trong lưu trữ, bảo tồn chứng cứ điện tử của Tòa án. (8) Nâng cao nhận thức cho các chủ thể tham gia tố tụng, thấy được sự cần thiết của chứng cứ điện tử, có kiến thức đủ để đánh giá chứng cứ, tăng cường các biện pháp đào tạo để họ đủ trình độ sử dụng chứng cứ điện tử. Tài liệu này cũng định nghĩa chứng cứ điện tử là bất kỳ bằng chứng nào thu được từ dữ liệu điện tử, được lưu trữ hoặc được tạo ra bởi bất kỳ thiết bị điện tử nào, mà hoạt động của thiết bị đó phụ thuộc vào chương trình phần mềm hoặc dữ liệu hay được lưu trữ trên thiết bị điện tử hoặc truyền qua hệ thống máy tính hoặc mạng (The Committee of Ministers of the Council of Europe, 2019).

Tài liệu này mang tính hỗ trợ các cơ quan tư pháp thực hiện công việc của mình trong sử dụng chứng cứ điện tử. Nó chủ yếu được đúc kết từ kinh nghiệm thực tiễn, của quá trình công tác tư pháp từ các quốc gia thành viên trong cộng đồng châu Âu. Tuy nhiên, quyển sách chưa lý giải một cách đầy đủ bản chất thuộc tính và quy trình thu thập, sử dụng chứng cứ điện tử để thực hiện nghĩa vụ, trách nhiệm chứng minh tình huống pháp lý, chưa nêu được cơ sở, tiêu chí đánh giá và chấp nhận chứng cứ trong các vụ án dân sự, hành chính.

d) Tài liệu "Electronic evidence guide: A basic guide for Police Officers, Prosecutors and Judges" của tập thể tác giả Nigel Jones, Esther George, Fredesvinda Insa Mérida, Uwe Rasmussen, Victor Völzow, xuất bản năm 2014.

Tài liệu này hệ thống hóa các đặc trưng, nguồn gốc cũng như việc sử dụng chứng cứ điện tử. Tài liệu trang bị những kiến thức bổ ích cho Điều tra viên, Công tố viên, Thẩm phán và các chuyên gia tư pháp hình sự, về cách thức thu thập, xác định và xử lý chứng cứ điện tử bảo đảm tính xác thực và khả năng chấp nhận trước tòa (Nigel Jones et al, 2014).

Tài liệu là nguồn tri thức bổ ích cho các cơ quan tư pháp, giải quyết các vấn đề có liên quan đến chứng cứ điện tử trong lĩnh vực hình sự. Tuy nhiên, việc thực hiện theo hướng dẫn đối với các chủ thể khác nhau, khi tham gia tố tụng hình sự với những vai trò khác nhau là điều không đơn giản. Ngoài ra, hướng dẫn chưa phải là cơ sở pháp lý thống nhất để các quốc gia khác nhau phải tuân theo. Do đó, tài liệu có ý nghĩa hướng dẫn thi hành hơn là một nền tảng lý thuyết để xây dựng các chế định về chứng cứ điện tử.

e) Tài liệu "Hướng dẫn sử dụng chứng cứ điện tử ACPO Good Practice Guide for Digital Evidence" của Hiệp hội Cảnh sát trưởng ở Anh năm 2011.

Tài liệu liên quan đến việc thu thập, phân tích, trình bày chứng cứ điện tử. Tài liệu cho rằng, trong trường hợp cần thiết phải truy cập vào dữ liệu gốc thì chứng cứ điện tử phải được người có đủ năng lực để làm điều đó và phải có tài liệu chứng minh về sự cần thiết đó. Tài liệu cho rằng việc thu thập chứng cứ điện tử cần được lập biên bản và lưu giữ tất cả hành động đó dựa trên nền tảng kỹ thuật số (Association of Chief Police Officers of England, 2011). Mặc dù, chỉ giới hạn trong lĩnh vực hình sự, dành cho đối tượng là nhân viên và cơ quan tư pháp, hơn nữa chỉ đơn thuần là hướng dẫn thực hành nhưng các nguyên tắc sử dụng chứng cứ điện tử của nó đáng để chúng ta tìm hiểu, suy ngẫm và nghiên cứu.

f) Bài viết "ACPO principles for digital evidence: Time for an update?" của Graeme Horsman đăng trên Tạp chí Elsevier B.V, No. 2665 - 9107, năm 2020.

Bài báo chỉ ra các nguyên tắc về chứng cứ điện tử được nêu trong tài liệu ACPO Good Practice Guide for Digital Evidence năm 2011, của Hiệp hội Cảnh sát trưởng Anh là chưa thật sự hợp lý. Tác giả chỉ ra các vấn đề chưa phù hợp đó là: Các tiêu chí đánh giá còn mơ hồ; các nguyên tắc trên chưa phù hợp với từng ngữ cảnh của việc sử dụng chứng cứ điện tử; các nguyên tắc chưa phù hợp với tốc độ phát triển của công nghệ. Từ đó, tác giả đề xuất 8 nguyên tắc trong sử dụng chứng cứ số, tập trung vào thẩm quyền cho phép thu thập chứng cứ điện tử; trách nhiệm; năng lực chủ thể tham gia tố tụng; bảo đảm quyền lợi của các bên; ý thức trách nhiệm, yêu cầu khách quan không thiên vị; bảo đảm tính toàn vẹn dữ liệu; có cơ chế kiểm tra ngược được, bảo đảm tính chính xác; thiết lập tài liệu thật cụ thể cho từng giai đoạn, thậm chí từng thao tác (Graeme Horsman, 2020).

g) Tài liệu "The admissibility of electronic evidence in Court: Fighting against hightech crime introduction" của Hội đồng Liên minh Viễn thông quốc tế - ITU năm 2005.

Tài liệu có tên tạm dịch là *"Sự chấp nhận của bằng chứng điện tử tại Tòa án: Chiến đấu chống lại tội phạm công nghệ cao"*. Tài liệu cho rằng các nước ở châu Âu vận dụng pháp luật, để thừa nhận tính pháp lý của chứng cứ điện tử ở hầu hết các lĩnh vực dân sự và hình sự (AEC, 2005). Tại Pháp, trong lĩnh vực dân sự, việc mô tả bằng chứng tài liệu là kết quả của sự tổ chức sắp xếp logic các chữ cái, ký tự, số hay bất kỳ dấu hiệu hoặc biểu tượng nào khác có ý nghĩa rõ ràng, bất kể hỗ trợ và phương thức

truyền tải nào và tài liệu điện tử cũng được hiểu như vậy. Luật Tố tụng Dân sự của Hà Lan quy định chứng cứ có thể có được bởi bất kỳ nguồn nào, phương tiện gì ngoại trừ những nguồn, phương tiện bị pháp luật nghiêm cấm. Ở Luxemburg, Bộ luật Dân sự đã được cập nhật và chứa định nghĩa chữ ký điện tử, giải thích nó như là tập dữ liệu được kết nối với một tài liệu pháp lý, theo một cách không thể tách rời bảo đảm tính toàn vẹn. Luật tố tụng Hình sự của Đức có các điều khoản áp dụng cho bằng chứng điện tử, cụ thể các điều khoản liên quan đến bảo vệ dữ liệu trong quá trình điều tra. Họ nêu chi tiết các điều kiện để thu thập dữ liệu mà không quan tâm cụ thể cho các trường hợp. Luật Tố tụng Hình sự của Đức còn chấp nhận các quy phạm pháp luật về các biện pháp cần tuân thủ khi lưu dữ liệu cá nhân thu được trong các cuộc điều tra từ cơ sở dữ liệu của cảnh sát có được. (Insa, F., 2007).

1.1.1.2 Trong nước

Việc nghiên cứu chứng cứ điện tử trong thời gian qua ở nước ta chưa nhiều. Cụ thể, có một số công trình nghiên cứu về chứng cứ điện tử:

a) Bài viết "Pháp luật về chứng cứ điện tử tại Việt Nam" của Nguyễn Thành Minh Chánh, Khoa Luật Trường Đại học Công nghiệp thành phố Hồ Chí Minh đăng trên Tạp chí Tòa án nhân dân điện tử ngày 08/4/2021.

Bài viết nêu rất nhiều vấn đề về chứng cứ điện tử như: Định nghĩa, phân loại, đặc điểm chứng cứ điện tử; tính xác thực chứng cứ điện tử; định hướng và giải pháp hoàn thiện pháp luật về chứng cứ điện tử tại Việt Nam. Trong bài viết, tác giả nêu lên phương hướng nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật về chứng cứ điện tử ở Việt Nam. Đồng thời, đề xuất giải pháp nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật về chứng cứ điện tử ở Việt Nam trước yêu cầu cải cách tư pháp hiện nay (Nguyễn Thành Minh Chánh, 2021). Bài viết chỉ nghiên cứu quy định về chứng cứ điện tử nhưng không phân tích cụ thể về thu thập chứng cứ điện tử, bảo quản, đánh giá, chấp nhận cũng như sử dụng chứng cứ điện tử.

b) Bài viết "Chứng cứ điện tử tranh chấp kinh doanh thương mại" của Lê Văn Thiệp trên Tạp chí Kiểm sát số 5, năm 2016.

Bài viết đưa ra định nghĩa về chứng cứ điện tử trong giải quyết tranh chấp kinh doanh thương mại. Theo đó, chứng cứ điện tử là thông điệp dữ liệu được khởi tạo, lưu trữ, truyền tải, nghe, nhìn được bằng phương tiện điện tử và bảo đảm các yêu cầu của pháp luật về cách thức khởi tạo và duy trì tính toàn vẹn của thông điệp dữ liệu cũng như các yếu tố phù hợp khác. Chứng cứ điện tử do các chủ thể tham gia quan hệ thương mại điện tử lưu giữ, thu thập cung cấp cho Tòa án hoặc do Tòa án, cơ quan có

thẩm quyền thu thập nhằm chứng minh cho các yêu cầu của các chủ thể này khi giải quyết các vụ án kinh doanh thương mại bằng các phương thức khác nhau trong đó có phương thức giải quyết bằng các thủ tục tố tụng (Lê Văn Thiệp, 2016). Tuy nhiên, bài viết không phân tích cụ thể thu thập, đánh giá, chấp nhận, sử dụng chứng cứ điện tử.

c) Bài viết "Chứng cứ điện tử trong Bộ luật tố tụng hình sự 2015" của Nguyễn Văn Điền đăng trên cổng thông tin của Bộ Tư pháp năm 2019.

Bài viết phân loại chứng cứ điện tử, nêu những khó khăn, vướng mắc trong thực tế thu thập, kiểm tra đánh giá các chứng cứ điện tử; đồng thời đề xuất giải pháp để tháo gỡ khó khăn (Nguyễn Văn Điền, 2019). Tuy nhiên, bài viết không nêu lên được bất cứ vấn đề cụ thể gặp phải trong thu thập, kiểm tra, đánh giá, giải pháp cho vấn đề không toàn diện, chưa hiệu quả, hữu ích. Do đó, những nhận định trong bài viết khá chủ quan và cảm tính.

d) Bài viết "Chứng cứ là dữ liệu điện tử và chứng minh trong Dự thảo Bộ luật tố tụng hình sự" của Trần Văn Hòa đăng trên Tạp chí Kiểm sát số 9, năm 2015.

Bài viết chia dữ liệu điện tử ra thành hai loại, một loại do máy tính tạo ra, loại thứ hai là do con người tạo ra. Đồng thời, bài viết cũng nêu hai đặc điểm của dữ liệu điện tử khác với các loại chứng cứ truyền thống (Trần Văn Hoà, 2015). Tuy nhiên, bài viết có sự nhầm lẫn, vì máy tính cũng chỉ là loại máy móc, thiết bị không thể tự sinh ra bất cứ thứ gì nếu như không có hành vi con người tác động.

e) Bài viết "Hướng đi cho chứng cứ điện tử trong tố tụng hình sự ở Việt Nam" của Lê Tấn Quan đăng trên Tạp chí Kiểm sát số 07, năm 2018.

Bài viết nghiên cứu về chứng cứ điện tử trong tố tụng hình sự. Theo đó, chứng cứ trong vụ án hình sự là những tài liệu, những tình tiết có thật tồn tại một cách khách quan được đương sự và cá nhân, cơ quan, tổ chức cung cấp cho Tòa án hoặc Tòa án tự mình thu thập theo thủ tục do pháp luật quy định. Qua đó, Tòa án sẽ dùng làm căn cứ để giải quyết vụ án hình sự một cách khách quan, toàn diện. Từ thực tiễn giải quyết các vụ án hình sự cho thấy tỷ lệ án bị hủy, bị sửa qua nhiều cấp xét xử xuất phát từ việc chưa xác định đầy đủ chứng cứ và chưa kiểm tra, đánh giá đúng chứng cứ để chứng minh cho tình tiết khách quan trong vụ án hình sự (Lê Tấn Quan, 2018). Tuy nhiên, bài viết này mang tính tổng quát, chung chung chưa cụ thể và chỉ phù hợp trong lĩnh vực hình sự.

f) Bài viết "Chứng cứ và chứng cứ điện tử theo quy định của pháp luật tố tụng dân sự Việt Nam và thực tiễn áp dụng" của Nguyễn Hải An trên Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam, số 4, năm 2019.

Bài viết cho rằng chứng cứ trong vụ việc dân sự là những tài liệu, những tình tiết có thật tồn tại một cách khách quan được đương sự và cá nhân, cơ quan, tổ chức cung cấp cho Tòa án hoặc Tòa án tự mình thu thập theo thủ tục do pháp luật quy định. Qua đó, Tòa án sẽ dùng làm căn cứ để giải quyết vụ việc dân sự một cách khách quan, toàn diện (Nguyễn Hải An, 2019). Bài viết tập trung nghiên cứu nguồn chứng cứ vật chất và chứng cứ điện tử theo quy định của pháp luật tố tụng dân sự và thực tiễn xác định nguồn chứng cứ cũng như đánh giá chứng cứ.

1.1.1.3 Đánh giá về các công trình nghiên cứu chung về chứng cứ điện tử

Chứng cứ điện tử cũng là một loại hình của chứng cứ, nên lý thuyết về chứng cứ cũng là cơ sở lý thuyết cho chứng cứ điện tử. Tuy nhiên, chứng cứ điện tử nó có nhiều đặc điểm riêng, cách hình thành ra nó cũng khác rất xa với cách hình thành những loại chứng cứ truyền thống. Sự khác biệt cơ bản nhất là chứng cứ điện tử hình thành từ hành vi của con người, được các thiết bị điện tử ghi nhận, xử lý, lưu trữ, truyền đi hay xóa. Khi thu thập con người cũng phải thông qua xử lý của thiết bị điện tử và công nghệ thích hợp. Nói tóm lại, chứng cứ điện tử phải là cái phản ánh sự thật đã xảy ra, nó được hình thành từ hành vi của con người thông qua công nghệ và loại thiết bị điện tử nào đó, khi cần sử dụng nó thì cũng phải qua hành vi con người, công nghệ. Vì vậy, cần phải có một nền tảng lý thuyết luật học vững chắc cho vấn đề này.

Trên thế giới và trong nước hiện chỉ tập trung lý giải những vấn đề của chứng cứ điện tử trên cơ sở lý thuyết chứng cứ và Luật Chứng cứ hiện có. Quyển sách Electronic Evidence của Stephen Mason và Daniel Seng có thể xem là cuốn sách trình bày khá đầy đủ các nội dung pháp lý về chứng cứ điện tử hiện nay. Tuy nhiên, quyển sách chưa bao quát được hết các vấn đề có liên quan đến luật của chứng cứ điện tử, đa phần chỉ dùng lý thuyết chứng cứ và Luật Chứng cứ hiện có để giải thích các vấn đề có liên quan, chưa lý giải hoặc giải quyết các vấn đề có liên quan đến thu thập, đánh giá, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử từ bản chất khách quan của chứng cứ điện tử. Quyển Digital Evidence and Computer Crime của tác giả Eoghan Casey chuyên gia về pháp y số ở Hoa Kỳ đây là quyển sách viết khá sâu về góc độ pháp y của chứng cứ điện tử, có nghĩa là sự kết hợp giữa công nghệ và biện pháp điều tra để sử dụng chứng cứ điện tử, góc độ luật cũng chỉ ở khái niệm chung, cơ bản. Các tài liệu khác đa phần là tài liệu hướng dẫn thực thi các vấn đề có liên quan đến chứng cứ điện tử trong các

lĩnh vực hình sự và dân sự. Đáng chú ý, trong nước có bài viết *"Pháp luật về chứng cứ điện tử tại Việt Nam"* của Nguyễn Thành Minh Chánh đăng trên Tạp chí Tòa án nhân dân điện tử vào ngày 08/4/2021. Tác giả nêu rất nhiều luận điểm có liên quan đến chứng cứ điện tử, tuy nhiên, trong phạm vi một bài viết nên không thể đi sâu từng vấn đề và có luận cứ thuyết phục, nhưng qua bài viết cho thấy chứng cứ điện tử ở Việt Nam đang được giới học thuật, thực thi pháp luật rất quan tâm. Vì vậy, đề tài nghiên cứu ***"Pháp luật Việt Nam về chứng cứ điện tử"*** sẽ làm sáng tỏ về mặt lý thuyết lẫn thực hành cho các vấn đề chưa rõ, cụ thể như thu thập, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử trên cơ sở lý thuyết hiện có.

1.1.2 Các công trình nghiên cứu có liên quan đến thu thập chứng cứ điện tử

Với các góc độ khác nhau thì có khá nhiều tài liệu viết về thu thập chứng cứ điện tử. Trong phạm vi luận án, tác giả chỉ quan tâm đến những tài liệu viết về thu thập chứng cứ điện tử dưới góc độ pháp lý.

1.1.2.1 Trên thế giới

a) Chương 4 "Collecting evidence" trong quyển sách "The Basics of Digital Forensics: The primer for getting stated in digital forensics" của John Sammons do Elsevier Inc. phát hành năm 2014.

Chương sách này chủ yếu đề cập đến các vấn đề cơ bản nhất của thu thập dữ liệu như lập biên bản ghi lại, mô tả hiện trường, cách thu thập chứng cứ điện tử tại hiện trường. Cách thức xử lý việc thu thập chứng cứ điện tử, trong trường hợp máy tính đang chạy hoặc đã tắt, xử lý kết nối Internet, giới thiệu sử dụng hàm băm để bảo đảm tính nguyên vẹn của dữ liệu và thiết lập các báo cáo hiện trường (John Sammons, 2014). Chương này chủ yếu hướng dẫn thu giữ chứng cứ điện tử trong những trường hợp cơ bản nhất có tại hiện trường, nhằm bảo đảm tính hợp pháp và sự nguyên vẹn dữ liệu điện tử. Tuy nhiên, nội dung lại chưa chú trọng đến đầy đủ các đặc tính pháp lý của chứng cứ điện tử để xác định việc thu thập chứng cứ điện tử.

b) Bài viết "Digital evidence and the new criminal procedure" tác giả Orin S. Kerr đăng trên Tạp chí Columbia Law Review 279, năm 2005.

Bài viết so sánh hoạt động điều tra một loại tội phạm truyền thống và tội phạm có liên quan đến máy tính. Từ đó bài viết phân tích làm rõ sự khác nhau của quá trình thu thập chứng cứ điện tử, với thu thập chứng cứ vật lý truyền thống trước đây. Tác giả bài viết khẳng định chính sự thay đổi cách thức thu thập chứng cứ điện tử, nên cần phải thay đổi về pháp luật trong thu thập chứng cứ hiện thời. Cuối cùng tác giả bài viết, đưa ra những cơ sở luận cứ đề xuất thay đổi pháp luật ở ba bước của quá trình thu thập

chứng cứ điện tử. Cụ thể, đó là hoạt động thu thập chứng cứ điện tử ở bên thứ ba, bước thu thập chứng cứ điện tử bí mật trên đường truyền tải dữ liệu điện tử, bước điều tra pháp y đối với máy tính có liên quan đến hoạt động phạm tội. Sau đó, bài viết đề xuất sửa đổi pháp luật để bảo đảm giải quyết mâu thuẫn giữa quyền riêng tư của công dân và lợi ích công cộng (Orin S. Kerr, 2005). Tuy đề xuất sửa đổi pháp luật tố tụng cho phù hợp với yêu cầu thu thập chứng cứ điện tử ở các trường hợp cụ thể nhưng đề xuất của tác giả bài viết chưa cụ thể. Thực ra bài viết chỉ tập trung vào kiến nghị sửa đổi Tu chính án thứ tư của Hiến pháp Hoa Kỳ mà chưa xem xét một cách toàn diện trong bối cảnh yêu cầu về tính pháp lý trong Luật Chứng cứ của Hoa kỳ.

c) Tài liệu "Guidelines for Evidence Collection and Archiving" tác giả D. Brezinski, T. Killalea năm 2002, Publisher RFC Editor United States.

Tài liệu hướng dẫn cho các quản trị viên hệ thống máy tính thu thập chứng cứ điện tử khi hệ thống máy tính gặp sự cố, lưu trữ lại, để làm bằng chứng cho việc xử lý sau này. Tài liệu xây dựng các nguyên tắc trong thu thập chứng cứ điện tử như tuân thủ tính khách quan, tính hợp pháp (Brezinski, T. Killalea, 2002). Tuy nhiên, hướng dẫn này chỉ dành cho quản trị viên hệ thống máy tính, không là tiêu chuẩn chung cho các cơ quan thi hành pháp luật.

d) Bài viết "A survey on digital evidence collection and analysis" tác giả Somayeh Soltani và Seyed Amin Hosseini Seno đăng tải tại 7th International Conference on Computer and Knowledge Engineering (ICCKE), năm 2017.

Tác giả bài viết khảo sát về thu thập chứng cứ điện tử trên các loại công cụ thiết bị khác nhau, nhằm xem xét phân loại các công trình nghiên cứu về thu thập, phân tích bằng chứng kỹ thuật số và chỉ ra một số thách thức gặp phải trong tương lai. Quy trình pháp y kỹ thuật số có thể được chia thành ba giai đoạn là thu thập, phân tích và thiết lập báo cáo về chứng cứ điện tử, để trình bày trước Tòa án. Mỗi giai đoạn này đều có thách thức riêng. Giai đoạn thu thập chứng cứ điện tử, tính nguyên vẹn của dữ liệu thu thập được, là một vấn đề đầy thách thức. Phương tiện kỹ thuật số ngày càng đa dạng phong phú, lưu trữ dữ liệu với dung lượng lớn, đòi hỏi phương pháp, công nghệ sử dụng trong pháp y kỹ thuật số phải tương xứng. Việc phân tích bằng chứng và tái tạo lại các sự kiện cũng rất khó khăn. Nhiều loại thông tin khác nhau, có thể được trích xuất từ các phần khác nhau của hệ thống, điều này làm cho quá trình tái tạo sự kiện, trở thành một quá trình đầy thử thách. Việc tích hợp dữ liệu đa định dạng với khối lượng lớn, để tạo ra các sự kiện có ý nghĩa đòi hỏi nhiều công việc phải được thực hiện.

Thách thức trong giai đoạn chuẩn bị báo cáo, là việc tạo ra các báo cáo có thể xác minh, hợp lệ và có thể sao chép lại cho Tòa án (Soltani & Seno, 2017).

Tuy nhiên, bài viết chỉ cho thấy được thách thức của thu thập chứng cứ điện tử là tính nguyên vẹn của dữ liệu, hay phương tiện, thiết bị có dữ liệu cần thu thập thì đa dạng, phức tạp về công nghệ kỹ thuật để thu thập dữ liệu điện tử. Đây là những thách thức mang tính kỹ thuật, còn những thách thức khác, mà thu thập chứng cứ điện tử gặp phải mang tính xã hội như tính riêng tư, chủ sở hữu dữ liệu, mâu thuẫn lợi ích giữa doanh nghiệp và cộng đồng trong lưu trữ dữ liệu, dòng chảy dữ liệu mang tính toàn cầu chưa được đề cập đến đúng mức.

e) Cuốn sách "Emerging Digital Forensics Applications for Crime Detection, Prevention, and security" của Chang-Tsun Li, nhà xuất bản IGI Global, năm 2013.

Quyển sách cho công nghệ, thiết bị điện tử, các dịch vụ trên không gian mạng ghi lại hầu hết các dấu vết của con người khi họ tham gia hoạt động trên đó. Chính vì vậy khi có tình huống pháp lý xảy ra, các công cụ pháp y kỹ thuật số giúp các cơ quan tài phán, các chủ thể tham gia tố tụng thu thập chứng cứ điện tử để chứng minh các sự kiện đã xảy ra. Ngày nay, công nghệ tiến bộ càng có nhiều chuẩn công nghệ khác nhau trong thu thập dữ liệu điện tử, đã nâng cao vai trò, vị trí pháp y kỹ thuật số trong hệ thống pháp luật. Tuy nhiên, tốc độ phát triển công nghệ quá nhanh, quy trình và công cụ pháp y của các quốc gia phát triển không đồng đều, chuẩn công nghệ, thuật ngữ pháp y lại không đồng nhất. Do đó, các quốc gia trên thế giới cần phải tạo và duy trì tiêu chuẩn được quốc tế chấp nhận để kiểm soát việc sử dụng, áp dụng các quy trình pháp y kỹ thuật số. Tác giả quyển sách còn cho rằng tiêu chuẩn quốc tế có thể được định nghĩa là một tài liệu nhằm liệt kê các đặc điểm kỹ thuật và quy trình đã được thiết lập, để bảo đảm rằng một chứng cứ điện tử được tìm thấy, với phương pháp hoặc dịch vụ phù hợp với mục đích và hoạt động theo cách đã dự kiến để có được. Bài báo này cũng xem xét phân tích các tiêu chí trong quy trình tiêu chuẩn ISO/ IEC, đồng thời đưa ra kết luận, mặc dù còn nhiều rào cản do sự phát triển của các tiêu chuẩn pháp y kỹ thuật số, quốc tế chưa giải quyết thoả đáng các thách thức pháp lý đặt ra (Chang-Tsun Li, 2013). Mặc dù vậy, tác giả cũng chưa xây dựng được một quy trình kỹ thuật và pháp y kỹ thuật số chuẩn để thu thập chứng cứ điện tử.

1.1.2.2 Trong nước

a) Bài viết "Chứng cứ điện tử và các nguyên tắc thu thập trong Tố tụng hình sự" của Đinh Phan Quỳnh đăng trên Tạp chí Cảnh sát nhân dân, số 4, năm 2019.

Bài viết nêu lên các yêu cầu thu thập chứng cứ điện tử. Theo đó, việc thu thập chứng cứ điện tử cần phải được bảo đảm các nguyên tắc không làm thay đổi thông tin được lưu trữ dưới dạng dữ liệu điện tử (Đinh Phan Quỳnh, 2019). Do đó, người trực tiếp thu thập chứng cứ điện tử phải là người được đào tạo về lĩnh vực này. Ngoài ra, phương tiện, công cụ sử dụng trong quá trình thu thập chứng cứ điện tử phải được công nhận trên thế giới .

b) Bài viết "Một số kinh nghiệm thu giữ, bảo quản và khai thác chứng cứ điện tử trong công tác điều tra, truy tố" của Nguyễn Thanh Thủy trên Tạp chí Kiểm sát số 21, năm 2017.

Nội dung chia sẻ kinh nghiệm cách thức thu thập, khai thác chứng cứ điện tử dựa vào cách phân loại chứng cứ điện tử. Theo tác giả, căn cứ vào nguồn gốc tạo ra chứng cứ có thể chia thành 3 loại chứng cứ điện tử là: Dữ liệu điện tử do người sử dụng tạo ra, dữ liệu điện tử do máy tự động tạo ra, dữ liệu điện tử có trong máy tính. Ứng với từng loại chứng cứ điện tử tác giả cũng chỉ ra loại dữ liệu điện tử có thể trở thành chứng cứ, cách thức thu thập chứng cứ điện tử cho từng loại chứng cứ điện tử (Nguyễn Thành Thuỷ, 2017). Bài viết có nội dung hướng dẫn trao đổi kinh nghiệm, tuy nhiên còn nhiều điểm chưa thuyết phục, chưa chính xác và chưa phải là đúc kết của thực tiễn. Chưa thuyết phục ở chỗ là loại bài viết chia sẻ kinh nghiệm nhưng không dẫn chứng được các vụ việc thực tiễn, chỉ đơn thuần là từ những tài liệu đã có mà không đưa ra được luận cứ thuyết phục.

c) Bài viết "Khó khăn, vướng mắc về dữ liệu điện tử trong Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015" của Võ Minh Tuấn đăng trên Tạp chí Tòa án nhân dân điện tử ngày 07/02/2021.

Bài viết nêu lên ba khó khăn cơ bản trong quá trình thực hiện thu thập chứng cứ điện tử, đó là: (1) Có sự quy định chưa đồng nhất trong Bộ luật Tố tụng Hình sự khi dùng thuật ngữ thu thập, thu giữ về phương tiện điện tử và dữ liệu điện tử. (2) Trình độ của người tiến hành tố tụng đối với phương tiện điện tử và dữ liệu điện tử còn hạn chế. (3) Khó khăn trong việc giám định dữ liệu điện tử, khó khăn trong khai thác dữ liệu điện tử. Bài viết cũng đề xuất phân biệt rõ ràng thuật ngữ thu giữ phương tiện điện tử, thu thập dữ liệu điện tử và cách thức tiến hành cho từng loại, có quy định rõ ràng về giám định chứng cứ điện tử trong từng trường hợp cụ thể; thống nhất thuật ngữ và quy định áp dụng thống nhất đồng bộ là yêu cầu bắt buộc (Võ Minh Tuấn, 2021). Tuy

nhiên, bài viết chưa nêu hết được những khó khăn khi thực hiện việc thu thập và chấp nhận chứng cứ điện tử.

d) Bài viết "Điều kiện để dữ liệu điện tử có thể sử dụng làm chứng cứ trong quá trình giải quyết vụ án hình sự" của Trần Xuân Thiên An trên Tạp chí Cảnh sát nhân dân, số 4, năm 2018.

Bài viết cho rằng sử dụng chứng cứ điện tử để đấu tranh phòng chống tội phạm trong tình hình hiện nay là yêu cầu cần thiết. Bài viết nêu sơ lược về việc sử dụng chứng cứ điện tử trong giải quyết các vụ án hình sự. Để dữ liệu điện tử trở thành chứng cứ điện tử thì cần phải có các thuộc tính khách quan, hợp pháp và tính liên quan (Trần Xuân Thiên An, 2018). Cách hiểu và trình bày về tính khách quan, tính hợp pháp và tính liên quan của tác giả trong bài viết còn nhiều điều cần phải bàn luận, bởi tác giả cho rằng bất cứ chứng cứ điện tử nào được thu thập có tính khách quan thì đều được xem là hợp pháp.

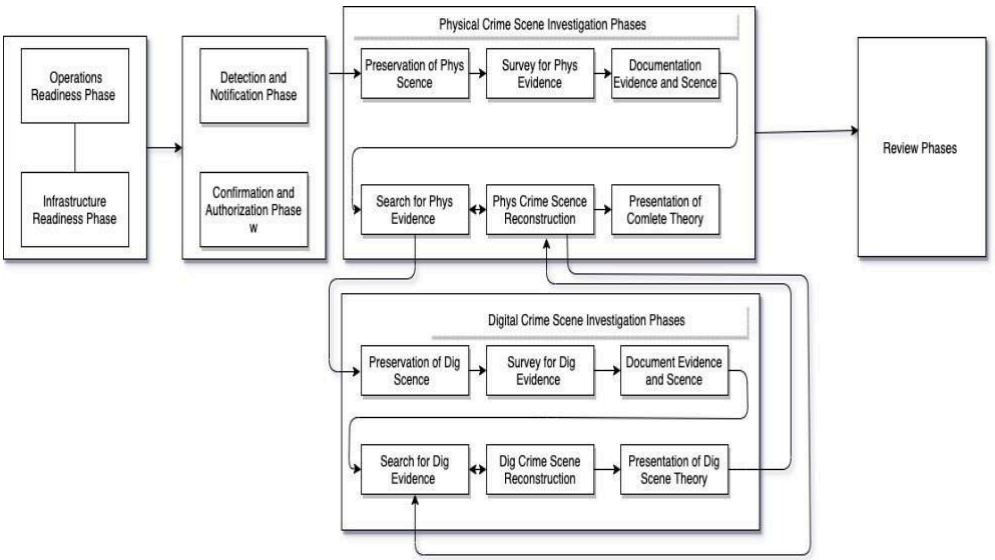
1.1.2.3 Điều tra kỹ thuật số, pháp y kỹ thuật số thu thập chứng cứ điện tử

Điều tra kỹ thuật số và pháp y kỹ thuật số là hoạt động quan trọng nhằm tìm chứng cứ điện tử. Hai công việc quan trọng này đều có bước thu thập chứng cứ điện tử. Vì vậy, cũng cần nên tìm hiểu những loại tài liệu về vấn đề này, phục vụ cho việc hiểu biết về thu thập chứng cứ điện tử. Hiện nay, loại tài liệu này trong nước hầu như chưa có bài viết nào đề cập đến.

a) Bài viết "Getting Physical with the Digital Investigation Process" tác giả Brian Carrier và Eugene H. Spafford đăng trên tạp chí International Journal of Digital Evidence Fall, Volume 2, Issue 2, năm 2003.

Trên cơ sở phân tích các mô hình điều tra kỹ thuật số đã có trước đó, bài viết đề xuất một mô hình cho quy trình điều tra kỹ thuật số, tích hợp điều tra hiện trường tội phạm thực với điều tra hiện trường tội phạm kỹ thuật số. Mô hình có tên: Quy trình điều tra kỹ thuật số tích hợp (*Integrated Digital Investigation Process - IDIP*). Bài viết cho rằng một máy tính được xem là một hiện trường vụ án, cùng với các thiết bị điện tử khác có liên quan, được gọi là hiện trường tội phạm kỹ thuật số và áp dụng các kỹ thuật điều tra hiện trường vụ án. Điều tra hiện trường tội phạm thực, sử dụng các quy luật tự nhiên để tìm bằng chứng vật chất, điều tra hiện trường tội phạm kỹ thuật số sử dụng công nghệ và khoa học, kỹ thuật để tìm bằng chứng kỹ thuật số. Mô hình gồm 17 giai đoạn trong 5 nhóm: Nhóm sẵn sàng có 2 giai đoạn, nhóm triển khai có 2 giai đoạn, nhóm điều tra hiện trường tội phạm thực tế có 6 giai đoạn, nhóm điều tra hiện trường

tội phạm kỹ thuật số cũng có 6 giai đoạn, cuối cùng là nhóm đánh giá (Brian Carrier và Eugene H. Spafford, 2003).



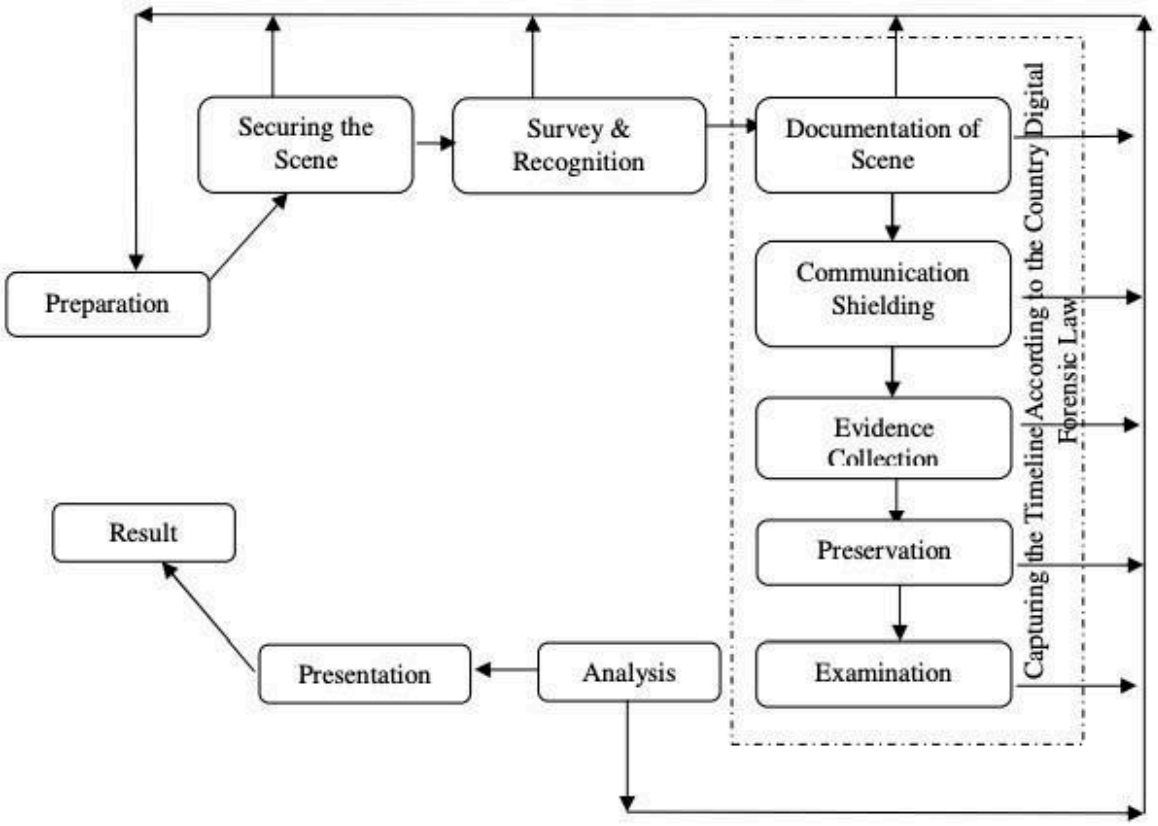
Hình 1.1 Mô hình của quy trình điều tra kỹ thuật số tích hợp – IDIP
(Carrier & Spafford, 2003)

Tuy nhiên, bài viết chưa nêu bật được quá trình thu thập và phân tích chứng cứ điện tử. Bài viết cũng chưa cho thấy quá trình pháp y kỹ thuật số là cần thiết như thế nào. Ngoài ra, lý thuyết đưa ra trong bài viết còn nặng điều tra tại hiện trường, chưa cho thấy dữ liệu nào cần thu thập tại hiện trường dữ liệu loại nào cần phải mang về phòng thí nghiệm để tiến hành pháp y, vì không thể thu thập cùng ở hiện trường được tất cả chứng cứ điện tử.

b) Bài viết "Systematic digital forensic investigation model" của đồng tác giả Ankit Agarwal; Megha Gupta; Saurabh Guta; Subhash Chandra Gupta đăng trên tạp chí International Journal of Computer Science and Security (IJCSS) Volume 5, Issue 1, năm 2011.

Bài báo phân tích, so sánh các phương pháp pháp y kỹ thuật số hiện có, đề xuất một mô hình có tên: Điều tra pháp y kỹ thuật số có hệ thống (*Systematic Digital Forensic Investigation Model - SRDFIM*) nhằm khắc phục những khiếm khuyết của các mô hình trước. Mô hình SRDFIM có 11 giai đoạn, dành cho những người hành nghề luật liên kết với nhau trong một cuộc chiến chống tội phạm mạng. Giai đoạn 1: Chuẩn bị; Giai đoạn 2: Bảo vệ hiện trường; Giai đoạn 3: Khảo sát và ghi nhận hiện trường; Giai đoạn 4: Thiết lập tài liệu hiện trường; Giai đoạn 5: Ngăn chặn giao tiếp của hiện trường; Giai đoạn 6: Thu thập chứng cứ có 2 phân đoạn: Thu thập chứng cứ dễ bốc hơi và Thu thập chứng cứ không dễ bốc hơi; Giai đoạn 7: bảo quản chứng cứ; Giai đoạn 8: Kiểm tra chứng cứ; Giai đoạn 9: Phân tích chứng cứ; Giai đoạn 10: Trình

bày chứng cứ; Giai đoạn 11: Kết quả và đánh giá chứng cứ (Agarwal et al., 2011). Mô hình này không phải là tuyến tính mà từ giai đoạn 2 đến giai đoạn 9 là một vòng lặp lại (Ankit Agarwal et al., 2011).



Hình 1.2. Mô hình Điều tra pháp y kỹ thuật số có hệ thống – SRDFIM
(Ankit Agarwal et al, 2011)

Bài viết trình bày một mô hình tương đối hoàn chỉnh cho quá trình thu thập chứng cứ điện tử. Tuy nhiên, bài viết cũng chưa làm rõ quá trình thu thập chứng cứ điện tử tại phòng thí nghiệm. Nếu xem một thiết bị điện tử là một hiện trường thì mô hình này là phù hợp, nhưng về mặt thủ tục tố tụng thì rất phức tạp và kỳ công.

1.1.2.4 Đánh giá về công trình nghiên cứu thu thập chứng cứ điện tử

Có khá nhiều tài liệu viết về vấn đề thu thập chứng cứ điện tử trên thế giới. Tuy nhiên, những tài liệu này tập trung chủ yếu là vào công nghệ thu thập ở từng mảng cụ thể, ví dụ thu thập dữ liệu điện tử, chứng cứ điện tử trên ổ cứng máy tính, trên đám mây điện tử, trên điện thoại thông minh… Tất cả các bài viết chú trọng vào vấn đề công nghệ, kỹ thuật thu thập nên có rất ít bài viết về chứng cứ điện tử với góc nhìn pháp luật. Trong lĩnh vực điều tra kỹ thuật số và pháp y kỹ thuật số đều có công đoạn thu thập chứng cứ điện tử. Các bài viết loại này đa phần đi vào biện pháp điều tra và pháp y. Ngoài những nội dung trên, cần phải hiểu rõ bản chất của việc thu thập chứng

cứ điện tử để từ đó, xây dựng nguyên tắc thu thập, nội dung, phương pháp, biện pháp thu thập có gì khác với việc thu thập chứng cứ truyền thống. Trong từng lĩnh vực dân sự, hình sự, từng chủ thể tham gia vào việc thu thập này cũng chưa được đề cập đến. Do đó, những khó khăn, thách thức trong thu thập chứng cứ điện tử chưa được phân tích một cách đầy đủ.

1.1.3 Công trình nghiên cứu liên quan đến chấp nhận chứng cứ điện tử

a) Bài viết "Confluence of digital evidence and the law: On the forensic soundness of Live - Remote digital evidence collection" của tác giả Erin E. Kenneally đăng trên UCLA J.L. & Tech. 5, năm 2005.

Bài viết nêu lên yêu cầu của pháp luật trong trường hợp thu thập chứng cứ điện tử trên hệ thống máy tính đang hoạt động. Bài viết chứng minh độ tin cậy của chứng cứ điện tử thu thập được khi sử dụng phương pháp Live - Remote[16]. Theo tác giả, tiêu chuẩn chấp nhận chứng cứ hay chứng nhận chứng cứ điện tử đều như nhau, phải được căn cứ trên các yếu tố cơ bản là tính liên quan, xác thực và độ tin cậy. Phương pháp thu thập chứng cứ Live - Remote có rất nhiều yếu tố thách thức các tiêu chuẩn chấp nhận chứng cứ. Từ đây, bài viết tập trung chứng minh quá trình thu thập chứng cứ điện tử bằng phương pháp Live - Remote là đáng tin cậy, Tòa án và các cơ quan tài phán khác có thể chấp nhận loại chứng cứ này, với điều kiện phải được thực hiện bởi chuyên gia (Erin E. Kenneally, 2005).

Chấp nhận chứng cứ điện tử là việc khó, không chỉ cần phải đáp ứng được các tiêu chí chấp nhận của chứng cứ, mà còn phải có các tiêu chí riêng biệt của chứng cứ điện tử vì loại hình chứng cứ này có những thuộc tính riêng, đồng thời nó được thu thập thông qua các phương pháp kỹ thuật. Tuy nhiên, bài viết chỉ đi sâu phân tích về tính hợp pháp của chứng cứ điện tử mà không phân tích về tính khách quan và tính liên quan của chứng cứ điện tử.

b) Bài viết "Electronic Evidence and the Federal Rules" của tác giả Leah Voigt Romano công bố trên Loyola of Los Angeles Law Review, Volume 38 Number 4, năm 2005.

Bài viết dựa vào tính xác thực để chấp nhận chứng cứ điện tử. Đó có thể là chấp nhận lời tuyên thệ của người làm chứng, chấp nhận lời khai của chuyên gia để Tòa án thừa nhận chứng cứ điện tử trong các vụ kiện dân sự hoặc vụ án hình sự. Tác giả phân tích rất chi tiết cụ thể, trong việc vận dụng từng quy định của luật, đối với từng loại

[16] Là cách thức thu thập dữ liệu điện tử từ xa trên hệ thống máy tính đang hoạt động, được các nhà pháp y kỹ thuật số sử dụng (tác giả).

chứng cứ điện tử thu thập từ hồ sơ kinh doanh của tư nhân quản lý và công cộng; chứng cứ điện tử thu thập qua pháp y điện tử, email, Internet, thì ngoài các yếu tố trên, Tòa án cũng có thể dựa trên kết quả của thực hành tốt nhất, độ tin cậy để xác định nền tảng của chứng cứ nên chấp nhận hay không chấp nhận (Leah Voigt Romano, 2005).

Chấp nhận chứng cứ điện tử là một vấn đề quan trọng và tạo nền tảng quan trọng cho công tác xét xử, bảo đảm công bằng, khách quan, công tâm. Chấp nhận chứng cứ điện tử cũng là nền tảng cho việc xác định sự thật của vụ án. Bài viết tập trung phân tích chứng cứ điện tử nào được chấp nhận hoặc không, dựa trên pháp luật

---

của Mỹ hiện có. Tuy nhiên, bài viết chưa trình bày được tính khách quan để xác định loại dữ liệu điện tử được sinh ra như thế nào, khả năng nó bị thay đổi và ghi nhận sự thay đổi cần được kiểm tra đánh giá ra sao.

c) Bài viết "Legal Admissibility of Electronic Evidence" của Olivier Leroux đăng trên tạp chí International Review of Law, Computers and Technology, 18 IRLCT. 193, 202, năm 2004.

Bài viết tập trung phân tích các yêu cầu pháp lý liên quan đến khả năng chấp nhận chứng cứ điện tử ở các nước châu Âu. Trong đó, Anh đại diện cho hệ thống Thông luật, còn Pháp, Bỉ, Ý đại diện cho hệ thống Dân luật. Theo bài viết, chứng cứ điện tử muốn đáp ứng yêu cầu pháp lý trước hết phải có đầy đủ 4 thuộc tính của chứng cứ thông thường đó để được chấp nhận, có tính xác thực, tính nguyên vẹn, tính tin cậy và tính hiểu được. Trong các quốc gia theo hệ thống Dân luật, việc chấp nhận chứng cứ dựa trên các quy định của các bộ luật. Ví dụ như ở Pháp ngày 13/3/2000 điều chỉnh Luật Chứng cứ trong lĩnh vực công nghệ thông tin, đã công nhận văn bản điện tử và chữ ký điện tử có giá trị pháp lý như văn bản giấy và chữ ký tay. Bỉ, Ý cũng đã có quy định tương tự. Tuy nhiên, nó cũng phải ràng buộc chứng cứ điện tử phải là những gì có tính liên quan và phải xác định được nguồn gốc của chứng cứ ai là người tạo ra nó. Đối với Anh, nước theo hệ thống Thông luật cũng giống như Mỹ, muốn chấp nhận chứng cứ điện tử phải đáp ứng được các yêu cầu pháp lý về tính xác thực, phù hợp quy tắc ngoại lệ tin đồn, ngoại lệ chứng cứ tốt nhất. Khi chứng cứ có tính liên quan phải xem xét chấp nhận hay không. Thẩm phán, Bồi thẩm đoàn là chủ thể chấp nhận chứng cứ điện tử hay không (Olivier Leroux, 2004). Tuy nhiên, bài viết chưa phân tích sâu về yêu cầu pháp lý đối với từng loại dữ liệu điện tử hình thành nên chứng cứ điện tử.

d) Bài viết "Admissibility of Electronic Evidence: An Indian Perspective" của tác giả Vivek Dubey đăng trên tạp chí Foresic Research and Criminology International Journal, Volume 4 (2), năm 2017.

Bài viết cho rằng Tòa án Ấn Độ công nhận thông tin được lưu trữ trong các máy tính trên ổ đĩa cứng, video, âm thanh, hồ sơ điện tử cuộc gọi, tin nhắn, email, trang web là chứng cứ điện tử, với điều kiện nó phải được thỏa mãn các quy định pháp luật. Tòa án Tối cao Ấn Độ buộc phải bảo đảm cung cấp độ tin cậy, tính xác thực và giá trị chứng cứ của chứng cứ điện tử, vì dữ liệu điện tử là nguồn của chứng cứ điện tử dễ bị giả mạo và sửa đổi hơn bất kỳ loại chứng cứ nào. Chính vì vậy, bài viết cũng đề xuất quy định cụ thể, chặt chẽ để bảo đảm tính xác thực, niềm tin vào chứng cứ điện tử của bên cung cấp (Vivek Dubey, 2017). Bài viết tập trung phân tích dựa trên những quy định pháp luật. Tuy nhiên, bài viết vẫn không trình bày hết các yêu cầu pháp lý, đòi hỏi dữ liệu điện tử phải cung cấp để đủ điều kiện cho Tòa án, hoặc các chủ thể tham gia tố tụng, các cơ quan tài phán khác chấp nhận.

Về chấp nhận chứng cứ điện tử, một vấn đề rất quan trọng, nhưng chưa thấy giới khoa học ở Việt Nam có bài viết về vấn đề này. Bài viết trên thế giới thì có rất nhiều, nhưng chủ yếu là họ phân tích các án lệ đã xét xử với việc vận dụng luật chứng cứ hiện có cho chứng cứ điện tử.

1.1.4 Các công trình nghiên cứu có liên quan đến sử dụng chứng cứ điện tử

Hiện nay, các công trình nghiên cứu về sử dụng chứng cứ điện tử rất ít. Do chứng cứ điện tử cũng là một loại hình chứng cứ, nên tác giả sử dụng các kết quả nghiên cứu về sử dụng chứng cứ và những thuộc tính đặc thù riêng có của dữ liệu điện tử, để tìm hiểu về vấn đề sử dụng chứng cứ điện tử. Các nội dung sử dụng chứng cứ điện tử để thực hiện quyền, nghĩa vụ, trách nhiệm chứng minh là rất cần thiết nhưng không có nhiều nghiên cứu. Cần lưu ý là nghiên cứu về sử dụng chứng cứ điện tử không đồng nhất với thu thập chứng cứ điện tử hay chấp nhận chứng cứ điện tử.

1.1.5 Đánh giá chung về tình hình nghiên cứu có liên quan

1.1.5.1 Kết quả nghiên cứu của các công trình đã có về chứng cứ điện tử

Trên thế giới: Chứng cứ điện tử được các chuyên gia, các nhà khoa học rất quan tâm. Hiện nay đã có rất nhiều bài viết, ấn phẩm quan trọng từ nhận thức, quan điểm lý thuyết đến hướng dẫn thực hành cho các lĩnh vực lý thuyết về chứng cứ điện tử, thu thập chứng cứ điện tử, phân tích các yêu cầu pháp lý đối với chứng cứ điện tử để được chấp nhận, sử dụng chứng cứ điện tử.

Về lý thuyết, chứng cứ điện tử được quan tâm nghiên cứu, có rất nhiều cách định nghĩa khác nhau về chứng cứ điện tử. Theo Burkhard Schafer và Stephen Mason, chứng cứ điện tử là dữ liệu điện tử được lưu trữ, truyền dẫn, xử lý, trong bất kỳ thiết bị điện tử nào, hệ thống máy tính hoặc hệ thống thông tin liên lạc, có khả năng làm công cụ chứng minh cho một hoặc nhiều sự kiện pháp lý tranh chấp và nó được Tòa án hay cơ quan tài phán khác chấp nhận (Stephen Mason & Daniel Seng, 2017). Với Eohan Casey, chứng cứ điện tử là bất kỳ dữ liệu nào có thể xác định rằng tội phạm đã được thực hiện hoặc có thể cung cấp một mối liên kết giữa tội phạm và nạn nhân của nó hoặc hành vi vi phạm mà thủ phạm thực hiện hành vi đó (Eoghan Casey, 2011). Nhóm làm việc tiêu chuẩn về bằng chứng kỹ thuật số và Tổ chức chứng cứ máy tính quốc tế (*Standard Working Group on Digital Evidence - SWGDE and The International Organization of Computer Evidence - IOCE*) thì định nghĩa chứng cứ điện tử là bất kỳ thông tin nào có giá trị làm chứng cứ được lưu trữ hoặc truyền đi dưới dạng kỹ thuật số (The Committee of Ministers of the Council of Europe, 2019). Với Hiệp hội Cảnh sát trưởng của Anh, thì xem chứng cứ điện tử là thông tin được dữ liệu phản ánh, có giá trị sử dụng trong quá trình điều tra, nó tồn tại ở trạng thái lưu trữ hoặc truyền qua máy tính (Association of Chief Police Officers of England, 2011).

Các tác giả dựa trên sự khác biệt của chứng cứ điện tử, so với chứng cứ truyền thống để nêu một số đặc điểm riêng của chứng cứ điện tử như: (1) Nó không được nhận biết trực tiếp bằng giác quan con người, mà phải thông qua phương tiện, thiết bị điện tử, công nghệ đóng vai trò trung gian; (2) chứng cứ điện tử không bị giới hạn trong biên giới quốc gia; (3) chứng cứ điện tử dễ thay đổi một cách vô ý hay cố ý; (4) công nghệ tiến bộ nhanh chóng, làm xuất hiện thường xuyên vấn đề mới; (5) bản gốc và bản sao của chứng cứ điện tử có chất lượng như nhau, rất khó phân biệt; (6) siêu dữ liệu phản ánh được bối cảnh phát sinh, hình thành chứng cứ điện tử, bản thân nó cũng là chứng cứ.

Trên cơ sở đó, các tác giả đề ra các nguyên tắc, phương pháp, biện pháp, quy trình điều tra thu thập chứng cứ điện tử; cách thức chấp nhận, sử dụng chứng cứ điện tử cũng được tác giả các bài viết quan tâm đề cập. Tuy nhiên, tất cả các vấn đề trên, từ lý thuyết đến luật thực định được xây dựng trên các góc nhìn riêng biệt khác nhau của chứng cứ điện tử. Đặc biệt là góc nhìn yếu tố công nghệ của chứng cứ điện tử. Đơn cử, trong định nghĩa, có tác giả đồng nhất chứng cứ điện tử với dữ liệu điện tử. Điều này không chính xác bởi dữ liệu điện tử là dấu vết được máy móc, phương tiện, thiết bị

điện tử ghi lại hoặc tác nghiệp theo hành động của cá nhân hoặc pháp nhân, ứng với một quy trình công nghệ tương ứng. Chính vì vậy, dữ liệu điện tử không thể đồng nhất với chứng cứ điện tử. Dữ liệu điện tử có thể trở thành chứng cứ điện tử, khi được cá thể hóa, định danh gắn với cá nhân, pháp nhân hoặc tác nhân cụ thể tạo ra nó, đồng thời phải trải qua một quá trình nhận thức, tư duy của con người.

Ngoài ra, trong đặc điểm của chứng cứ điện tử người ta cũng dựa vào sự khác biệt bên ngoài của hai loại chứng cứ để nêu đặc điểm. Điều này không thể hiện được bản chất của chứng cứ điện tử. Trong phương pháp, quy trình thu thập chứng cứ điện tử, người ta cũng tập trung vào công nghệ để phát hiện và thu thập được dữ liệu điện tử, với các công nghệ thích ứng, không đề cập đến các phương pháp ghi nhận, biện pháp hiệu quả, quy trình thích hợp giúp kiểm tra, đánh giá quá trình thu thập. Trong đánh giá, chấp nhận, sử dụng chứng cứ điện tử, các tài liệu cũng chỉ dựa trên vận dụng luật thực định hiện có, xác định các yếu tố pháp lý của chứng cứ để chấp nhận và đưa vào sử dụng, thực hiện nghĩa vụ chứng minh.

Nhìn chung, các bài viết chưa giải quyết căn nguyên các vấn đề liên quan đến thu thập, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử ở góc độ lý thuyết lẫn thực tiễn. Nguyên nhân có thể là do các công trình này chưa làm rõ được bản chất, cũng như chưa cung cấp được các phương cách giải quyết vấn đề phù hợp cho các nội dung chủ yếu của chứng cứ điện tử như thu thập, đánh giá, chấp nhận, sử dụng chứng cứ điện tử.

Trong nước: Các bài viết về chứng cứ điện tử thì chưa nhiều. Các bài hiện có chủ yếu là diễn giải các quy định pháp luật có liên quan đến chứng cứ điện tử, nguồn của chứng cứ điện tử là dữ liệu điện tử, thu thập dữ liệu điện tử, thu giữ thiết bị điện tử. Hiện nay, chưa thấy có bài viết nào nghiên cứu cụ thể về thu thập, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử. Hơn nữa, các bài viết chưa thấy được sự gắn kết giữa các yêu cầu chứng minh, yêu cầu pháp lý và yêu cầu công nghệ là một đòi hỏi tất yếu khách quan của chứng cứ điện tử.

1.1.5.2 Vấn đề cần nghiên cứu giải quyết mục tiêu nghiên cứu

Để giải quyết được mục tiêu nghiên cứu của đề tài, cần phải dựa trên kết quả nghiên cứu đã có, đồng thời khắc phục được các điểm hạn chế của các công trình nghiên cứu nêu ở phần trên. Nghiên cứu vận dụng lý thuyết và luật thực định trong, ngoài nước vào thực tiễn pháp luật Việt Nam, đáp ứng yêu cầu khách quan của việc sử dụng chứng cứ điện tử. Muốn đạt được các điều trên, tác giả đề tài phải có cái nhìn tổng thể, bao quát, xây dựng tất cả các vấn đề về thu thập, chấp nhận, sử dụng chứng cứ điện tử, dựa trên nguồn gốc, bản chất của các khái niệm. Sự hình thành chứng cứ và

chứng cứ điện tử, với góc nhìn trong mối liên hệ biện chứng giữa chứng cứ và chứng cứ điện tử - chứng cứ điện tử là trường hợp riêng của chứng cứ; và sự gắn bó hữu cơ giữa các yêu cầu chứng minh, yêu cầu pháp lý và yêu cầu công nghệ là một yêu cầu tất yếu khách quan của chứng cứ điện tử. Chính vì những lý do như vậy, nghiên cứu sinh thấy các *vấn đề nghiên cứu* được đặt ra để giải quyết mục tiêu nghiên cứu của đề tài, đó là: (1) Giải quyết các vấn đề lý thuyết của thu thập chứng cứ điện tử. Sự tác động của các tác nhân là thách thức nghiêm trọng đến quá trình thu thập chứng cứ điện tử, trước yêu cầu đòi hỏi của thực tiễn là thu thập chứng cứ điện tử hiệu quả, giúp Tòa án và cơ quan tài phán khác thực thi được công lý, công bằng; (2) để chấp nhận chứng cứ điện tử theo pháp luật hiện hành là cần thiết, nhưng trước nhu cầu ngày càng cần có nhiều loại hình chứng cứ điện tử được phát hiện, thì pháp luật phải thay đổi như thế nào cho phù hợp, để chấp nhận các loại hình chứng cứ điện tử theo kịp với tốc độ phát triển của công nghệ, đồng thời thỏa mãn được các yêu cầu chứng minh, yêu cầu công nghệ và yêu cầu pháp lý; (3) sử dụng chứng cứ điện tử thực hiện nghĩa vụ chứng minh là bước cuối cùng thực thi công lý, vì vậy, cần phải có nguyên tắc cụ thể để các chủ thể tham gia sử dụng chứng cứ điện tử có được sân chơi bình đẳng trước pháp luật. Hay những ràng buộc của pháp luật trong việc sử dụng chứng cứ để chứng minh sự kiện pháp lý, thực hiện nghĩa vụ, trách nhiệm, quyền sử dụng chứng cứ điện tử để chứng minh tình huống pháp lý có cần được thay đổi hay không; (4) trên cơ sở kết quả nghiên cứu đề tài đề xuất chỉnh sửa, bổ sung pháp luật Việt Nam, phù hợp với yêu cầu đòi hỏi khách quan của chứng cứ điện tử và thực tiễn thực thi pháp luật.

1.2 Cơ sở lý thuyết nghiên cứu

1.2.1 Lý thuyết về chứng cứ trong hệ thống Thông luật

Chứng cứ điện tử là một loại hình chứng cứ, nên khi nghiên cứu về chứng cứ điện tử thì phải dựa trên nền tảng lý thuyết về chứng cứ và hệ thống luật thực định về chứng cứ. Với hệ thống Thông luật, chúng ta xem xét hai lý thuyết điển hình để làm cơ sở cho nghiên cứu đề tài *Pháp luật Việt Nam về chứng cứ điện tử,* đó là: *New evidence scholarship* tạm dịch là: Nhận thức mới về chứng cứ, *A foundation theory of evidence* tạm dịch là: Lý thuyết nền tảng của chứng cứ và hệ thống Luật Chứng cứ hiện có của Anh, Mỹ. Hệ thống lý thuyết và luật thực định này, trong thời gian qua đã giải quyết hiệu quả các vấn đề đặt ra trong việc sử dụng chứng cứ, chứng cứ điện tử. Vì vậy, cho phép tác giả tin rằng, nó vẫn là cơ sở lý thuyết vững chắc để giải quyết phần nào mục tiêu nghiên cứu của đề tài được chọn.

Quan điểm *New evidence scholarship* được Roger C. Park nêu trong tác phẩm Evidence Scholarship, Old and New công bố năm 1991 trên tạp chí Minnesota Law Review. Những người theo quan điểm *New evidence scholarship* cho rằng các học thuyết khoa học có liên quan hỗ trợ cho nhau. Các kết quả thu được dựa trên nghiên cứu tâm lý con người, tâm lý xã hội, toán xác suất, khoa học pháp y, đều có thể được sử dụng làm chứng cứ, để xây dựng giả thuyết cho chứng minh tình huống pháp lý; khi đánh giá, chấp nhận chứng cứ có sử dụng những kiến thức này, điều quan trọng là cần thiết phải hiểu và biết trưng dụng ý kiến chuyên gia. Khi có vấn đề mới đặt ra, những nhà làm luật chưa kịp thay đổi quy tắc của pháp luật thì Thẩm phán, Bồi thẩm đoàn và các cơ quan tài phán khác nên vận dụng học thuyết pháp lý làm trung tâm, kết hợp với kết quả của các học thuyết khoa học xã hội, tự nhiên ngoài ngành luật, xem các kết quả là công cụ phục vụ các yêu cầu pháp lý, càng không nên bị ràng buộc bởi các quy tắc cứng nhắc của pháp luật.

Đồng quan điểm *New evidence scholarship* tác giả Michael S. Pardo năm 2013 công bố bài *The Nature and Purpose of Evidence Theory* trên tạp chí Vanderbilt Law Review. Theo tác giả việc sử dụng chứng cứ nên tập trung vào hai khía cạnh chính của chứng cứ đó là: Tính được chấp nhận và tính đầy đủ, mối quan hệ giữa các khía cạnh này. Tác giả cụ thể hóa sử dụng chứng cứ ở 3 cấp độ ràng buộc. Đầu tiên, ràng buộc ở cấp vi mô (*The micro - level constraint*): Từng hạng mục của chứng cứ phải cung cấp hoặc chứng minh được tính liên quan, mức độ liên quan đến một sự kiện pháp lý cụ thể, với một giá trị xác suất xuất hiện sự kiện có khả năng xảy ra. Thứ hai, ràng buộc cấp vĩ mô (*The macro - level constraint*): Nó phải cung cấp hoặc dựa vào một giải trình hợp lý về các tiêu chuẩn của bằng chứng. Điều này có nghĩa chứng cứ phải đủ điều kiện để thực hiện nghĩa vụ chứng minh gồm nghĩa vụ chứng minh hình thức và nghĩa vụ chứng minh nội dung. Nói cách khác, chứng cứ phải được công bố đúng thủ tục, đồng thời được sử dụng thực hiện nghĩa vụ chứng minh một cách thuyết phục. Thứ ba, ràng buộc tích hợp (*The integration constraint*) nó phải cung cấp hoặc dựa vào một nội dung sự kiện xác đáng về mối quan hệ giữa các nội dung ở hai cấp độ này, các hạng mục chứng cứ phải tương thích nhau. Cuối cùng, chứng cứ phải cung cấp hoặc dựa vào đó, một lời giải thích hợp lý về cách mà cấp vi mô và vĩ mô phù hợp, tương thích nhau.

Quan điểm *A foundation theory of evidence* được David S. Schwartz viết vào năm 2011 công bố trên tạp chí Georgetown Law Journal. Theo quan điểm *Lý thuyết nền tảng của chứng cứ* giải quyết một số nghịch lý nhất định và các vấn đề tồn tại lâu dài trong lý thuyết bằng chứng, vốn đã bị các nhà nghiên cứu chứng cứ hiểu lầm. Đồng

thời, đặt ra một lý thuyết mới về nền tảng của chứng cứ. Các nghịch lý là học giả về chứng cứ khẳng định rằng tính liên quan là nguyên tắc cơ bản của luật chứng cứ, là một điều phổ biến và tính liên quan còn là thuộc tính cơ bản để chấp nhận chứng cứ, xem nó như là lý thuyết chung, tính liên quan là điều kiện đủ để chấp nhận chứng cứ. David S. Schwartz cho rằng, họ đã sai. Tiếp tục sai lầm khi một số học giả khác cho là sự liên quan là cơ bản với điều kiện ràng buộc của các Quy tắc 602[17], 701[18], 901[22] và 104 (b)[19] của Luật Chứng cứ liên bang Hoa Kỳ, bởi vì như vậy các yêu cầu của điều luật này sẽ không được xem xét cẩn trọng và đúng mức trong quá trình đánh giá, chấp nhận chứng cứ. Sau khi phê phán những sai lầm trên, đồng thời xuất phát từ yêu cầu của nguyên đơn trong dân sự, buộc tội của công tố trong hình sự, và nghĩa vụ chứng minh của các chủ thể tham gia tố tụng. Tác giả bài viết nêu quan điểm về lý thuyết nền tảng của chứng cứ hoàn toàn phụ thuộc vào 3 yếu tố đó là: (1) Chứng cứ phải được nêu thật cụ thể, rõ ràng, không chung chung; (2) phải là những gì được khẳng định chắc chắn; (3) và tồn tại một sự thật, đưa ra được lý lẽ chứng minh một cách thuyết phục nó là sự thật.

Dưới góc độ luật thực định, ở quốc gia theo hệ thống Thông luật như Anh, Mỹ thì vấn đề chứng cứ được điều chỉnh qua Luật Chứng cứ và Luật Tố tụng Dân sự hay Luật Tố tụng Hình sự. Theo đó, Luật Chứng cứ có thể xem là luật nội dung, cung cấp quy tắc chung để chấp nhận chứng cứ, xây dựng các quy tắc về khái niệm của các loại hình chứng cứ và yêu cầu pháp lý cho từng loại hình chứng cứ cụ thể cần phải có, để

đưa vào sử dụng làm công cụ chứng minh cho tình huống pháp lý đã xảy ra. Luật Tố tụng Dân sự, Luật Tố tụng Hình sự có thể xem là luật hình thức, chủ yếu cung cấp biện pháp, phương pháp, trình tự, thủ tục cho cả quá trình tố tụng. Trong lĩnh vực dân sự, cung cấp biện pháp thu thập chứng cứ (Luật Tố tụng Dân sự Hoa Kỳ quy định về khám phá – discovery tại Quy tắc 26, Tiêu đề V) có thể hiểu đây là một trong nhiều biện pháp thu thập chứng cứ được thực hiện thông qua điều tra, thẩm vấn do các đương sự hoặc yêu cầu Tòa án tiến hành. Luật Tố tụng Hình sự điều chỉnh hành vi chủ thể tham gia tố tụng, thủ tục tố tụng, cung cấp biện pháp thu thập chứng cứ, ví dụ như quy tắc 16 về khám phá và khám xét (Luật Tố tụng Hình sự Liên bang Hoa Kỳ).

1.2.2 Lý thuyết về chứng cứ trong hệ thống Dân luật

---

[17] Quy tắc 602. Cần có kiến thức cá nhân.

[18] Quy tắc 701. Lời khai hay ý kiến của nhân chứng thường. [22]

Quy tắc 901. Xác thực hoặc xác định bằng chứng.

[19] Bằng chứng phải được giới thiệu đủ để hỗ trợ một phát hiện rằng sự thật có tồn tại

Khác với hệ thống Thông luật, hệ thống Dân luật không tìm thấy lý thuyết về chứng cứ. Chế định chứng cứ được các quốc gia xây dựng gắn với Luật Tố tụng và luật nội dung. Chính vì vậy, vấn đề Luật Chứng cứ theo Dân luật khá phức tạp và đa dạng vì mỗi quốc gia có hệ thống pháp luật riêng. Hệ thống pháp luật của Pháp, Đức theo hệ thống Dân luật điển hình. Hiện nay, chúng ta dựa trên Luật Chứng cứ hiện có của Pháp và Đức, để làm cơ sở lý thuyết nghiên cứu Luật Chứng cứ trên nền của hệ thống Dân luật.

Theo tài liệu có tên *"Evidence in Civil Law - France"* của tác giả Martin Oudin, ở Pháp, Luật chứng cứ Dân sự là điểm giao nhau giữa Luật Tố tụng và Luật Dân sự. Luật Chứng cứ là một phần của luật tố tụng, nó được điều chỉnh bởi các nguyên tắc chung do luật tố tụng quy định, chẳng hạn như nguyên tắc mâu thuẫn, nguyên tắc điều trần công khai hoặc nguyên tắc định đoạt tự do, có nghĩa là các bên xác định khuôn khổ của thủ tục tố tụng. Thẩm phán không thể đưa ra quyết định của mình dựa trên các sự kiện mà chính các bên không đưa ra. Chứng cứ cũng có những nguyên tắc chi phối riêng của nó. Hệ thống chế định Chứng cứ của Pháp khá cứng nhắc, niềm tin vào chứng cứ bằng văn bản là quan trọng. Tuy nhiên, nó được khắc phục bởi tính hợp lệ của các thỏa thuận về chứng cứ. Vì các quy tắc cơ bản về chứng cứ là mềm dẻo, nên Tòa án luôn thừa nhận rằng các quy tắc đó có thể bị các bên bác bỏ hoặc điều chỉnh. Hệ thống chế định chứng cứ dân sự không áp đặt việc tìm kiếm sự chắc chắn, mặc dù thủ tục tìm kiếm chứng cứ được quan tâm đến tính hợp pháp. Một nguyên tắc quan trọng nhưng bất thành văn trong hệ thống Luật Chứng cứ của Pháp, là không ai có thể tạo dựng trước bằng chứng có lợi cho mình, ví dụ như nhân viên của mình không thể làm chứng ủng hộ cho mình. Tuy nhiên, có một số trường hợp được chấp nhận như khi liên quan đến các sự kiện pháp lý, mà có thể buộc phải được chứng minh bằng mọi cách; hay liên quan đến tranh chấp thương mại, tùy theo điều kiện, tài khoản được lưu giữ hợp lệ có thể được chấp nhận để hoạt động như chứng cứ giữa các thương gia đối với công cụ thương mại (Martin Oudin, 2015). Cũng trong tài liệu này, tác giả đề cập đến rất nhiều vấn đề về nguyên tắc thu thập, đánh giá, chấp nhận chứng cứ, thực hiện nghĩa vụ chứng minh trong vụ kiện dân sự, xem các nguyên tắc này là cơ sở để hình thành chứng cứ trong vụ kiện dân sự, thông qua các quá trình thu thập, chấp nhận và sử dụng chứng cứ. Ở Đức, trong lĩnh vực dân sự, Tòa án sẽ chỉ xét xử bằng chứng do các bên đưa ra và sẽ không tiến hành các cuộc điều tra của riêng mình. Đương sự có quyền khởi kiện, chống lại sự khởi kiện và khi ấy phải nộp bằng chứng để chứng minh yêu cầu của mình, kèm theo đầy đủ các nhân chứng nếu có. Tòa án

không có trách nhiệm, buộc bên còn lại cung cấp chứng cứ có lợi cho nguyên đơn, hoặc tiến hành điều tra thu thập chứng cứ. Đánh giá, chấp nhận chứng cứ thuộc thẩm quyền của Tòa án, họ tự do quyết định chấp nhận hay không chấp nhận chứng cứ. Tòa án Đức chấp nhận các loại chứng cứ: Tòa án chứng kiến trực quan, lời khai của nhân chứng, xuất trình tài liệu, kiểm tra các bên và bằng chứng giám định. Góc độ chứng cứ, nghiên cứu Luật Tố tụng Dân sự của Đức, chứng cứ có được qua việc giao nộp của các bên tham gia vụ kiện, trong các phiên điều trần, tranh tụng xét xử công khai trước phiên tòa, Thẩm phán thu thập chứng cứ qua các biện pháp này, xem xét chấp nhận và ra phán quyết cuối cùng.

Trong lĩnh vực hình sự, theo Luật Tố tụng Hình sự Pháp, chứng cứ được hình thành dựa trên các quy định về trình tự thủ tục, tiêu chí thu thập, chấp nhận, sử dụng chứng cứ thông qua các loại hình chứng cứ cụ thể, hoặc thông qua các biện pháp điều tra, tranh tụng, thẩm vấn… Với Đức, trong lĩnh vực hình sự, các tiêu chí chấp nhận chứng cứ, cách thức, trình tự thủ tục thu thập chứng cứ được xây dựng với các quy tắc cho từng loại hình chứng cứ. Đặc biệt, ứng với chứng cứ điện tử, được xác định theo các Điều quy định tại Chương 4 của Luật Tố tụng Hình sự Đức.

1.2.3 Nhận xét, đánh giá và sử dụng cơ sở lý thuyết của chứng cứ

Theo lý thuyết về chứng cứ của hệ thống Thông luật được trình bày ở trên, chứng cứ có được là kết quả của việc các chủ thể tham gia tố tụng, dựa trên quy luật tự nhiên, xã hội, thông qua sử dụng công cụ, quy trình khoa học, công nghệ hợp lý, để thu thập các ghi nhận của sự việc, hiện tượng có liên quan đến tình huống pháp lý đã xảy ra trong đời sống, hoạt động xã hội của con người. Bên cạnh đó, các học thuyết đưa ra những tiêu chí chấp nhận chứng cứ với nhiều quan điểm khác nhau, nhưng nhìn chung, các học giả đều thống nhất ở điểm chung là cần phải có tiêu chí cho việc đánh giá, chấp nhận chứng cứ. Đồng thời, các học giả cũng thừa nhận chứng cứ là công cụ thiết yếu để xây dựng giả thuyết, sử dụng chứng cứ chứng minh tình huống pháp lý đã xảy ra trong quá khứ. Luật Chứng cứ và các luật khác có liên quan của hệ thống Thông luật, không nêu một cách tường minh về thu thập, đánh giá, chấp nhận và sử dụng chứng cứ, nhưng tất cả các quy tắc của Luật Chứng cứ và luật khác có liên quan, đều buộc các chủ thể tham gia tố tụng phải thực thi việc thu thập, đánh giá, chấp nhận chứng cứ dựa trên các quy tắc này, nhằm phục vụ cho mục tiêu cuối cùng là dùng chứng cứ làm công cụ thực hiện quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm chứng minh, có nghĩa là sử dụng chứng cứ làm công cụ, xây dựng giả thuyết chứng minh tình huống pháp lý

đã xảy ra. Đối với hệ thống Dân luật, tiêu biểu là các luật tố tụng hình sự và luật tố tụng dân sự của Pháp, Đức, dù không đề cập trực tiếp, nhưng qua các điều luật, quy tắc, cho ta thấy rằng, muốn có chứng cứ để phục vụ việc phán quyết của Tòa án hoặc các cơ quan tài phán khác một cách công bằng, bảo đảm công lý, thì phải có chứng cứ xác đáng, chính xác, khách quan. Muốn có chứng cứ thì không có gì khác hơn là phải thông qua các hình thức, biện pháp khác nhau do luật quy định, để thu thập chứng cứ; và nó phải được đánh giá, chấp nhận với các tiêu chí được quy định rất rõ ràng, cụ thể, có như vậy chứng cứ mới được đưa vào sử dụng, làm công cụ chứng minh sự thật đã xảy ra trong quá khứ của một tình huống pháp lý cụ thể.

Mặc dù, quan điểm lý thuyết về chứng cứ trong cùng một hệ thống cũng khác nhau, hệ thống pháp luật thực định về chứng cứ của hai hệ thống cũng khác nhau, nhưng chúng có những điểm chung đó là: Hướng đến xây dựng những điều luật, quy tắc, quy định của pháp luật có liên quan đến chứng cứ, sao cho được thực thi một cách có hiệu quả nhất, kết quả là cho ra được chứng cứ có giá trị sử dụng cao. Để làm được điều đó, thì các quy định của pháp luật có liên quan đến chứng cứ phải phù hợp, tạo một hành lang pháp lý tương xứng cho việc thu thập, đánh giá, chấp nhận và sử dụng cho từng loại hình chứng cứ xuất hiện trong thực tiễn khách quan, đáp ứng yêu cầu chứng minh có lý, thuyết phục, đúng đắn tình huống pháp lý. Pháp luật Việt Nam về chứng cứ điện tử cũng không ngoại lệ, sẵn sàng hướng tới việc tạo hành lang pháp lý phù hợp, thuận lợi cho việc thu thập, đánh giá, chấp nhận, sử dụng chứng cứ điện tử trong tương lai. Như vậy, đối với bất kỳ một hệ thống pháp luật hoạt động có hiệu quả trong việc sử dụng chứng cứ hay không, chính là do các quy định của pháp luật liên quan đến chứng cứ, có phù hợp tạo điều kiện cho việc thu thập, đánh giá, chấp nhận, sử dụng chứng cứ thực hiện trách nhiệm, quyền, nghĩa vụ chứng minh thuận lợi, khách quan, công bằng, minh bạch cho tất cả các chủ thể tham gia tố tụng hay không.

Căn cứ vào phân tích trên, để giải quyết được mục tiêu nghiên cứu của đề tài ***"Pháp luật Việt Nam về chứng cứ điện tử"*** cần phải giải quyết được các vấn đề về thu thập, chấp nhận, sử dụng chứng cứ điện tử, cho pháp luật Việt Nam ở hiện tại và tương lai, trên cơ sở nền tảng lý thuyết của 2 hệ thống pháp luật hiện nay. Nghiên cứu sử dụng quan điểm lý thuyết *Nhận thức mới về chứng cứ* của hệ thống Thông luật, chấp nhận kết quả khoa học pháp y, cụ thể là điều tra pháp y kỹ thuật số vào việc nghiên cứu thu thập chứng cứ điện tử. Sử dụng quan điểm này để xây dựng quy trình điều tra thu thập chứng cứ điện tử cho pháp luật Việt Nam. *Lý thuyết nền tảng chứng cứ*, Luật Chứng cứ theo hệ thống Thông luật là rất cụ thể trong yêu cầu chấp nhận chứng cứ,

dựa trên nền tảng cơ sở lý thuyết này xây dựng các tiêu chí chấp nhận chứng cứ điện tử cho pháp luật Việt Nam phù hợp với yêu cầu của chứng cứ điện tử. Nghiên cứu trình tự, thủ tục thu thập các loại hình chứng cứ có liên quan đến chứng cứ điện tử, trong hệ thống Dân luật để đề ra nguyên tắc, phương pháp, biện pháp thu thập chứng cứ điện tử, làm cơ sở giải quyết yếu tố hợp pháp của chứng cứ điện tử cho pháp luật Việt Nam. Nghiên cứu vận dụng ưu điểm của hình thức tranh tụng trong Thông luật, với các nguyên tắc bình đẳng của các chủ thể tham gia tố tụng, trong việc đưa ra chứng cứ trước Tòa; Thẩm phán độc lập có chuyên môn, cùng một Bồi thẩm đoàn vô tư, khách quan; yêu cầu luật pháp phải được dễ hiểu, minh bạch rõ ràng; kết hợp với ưu điểm của tố tụng thẩm vấn trong hệ thống Dân luật dựa vào kết quả của quá trình điều tra; hình thành nguyên tắc sử dụng chứng cứ điện tử trong lĩnh vực dân sự, hình sự của pháp luật Việt Nam.

1.3 Câu hỏi và giả thuyết nghiên cứu

Mục tiêu của luận án đã được xác định ở phần trước, hướng đến thực hiện các nghiên cứu để chỉ ra những nguyên nhân dẫn đến khó khăn, vướng mắc trong việc thu thập, chấp nhận, sử dụng chứng cứ điện tử trên nền tảng pháp luật Việt Nam hiện có. Đồng thời, đề xuất thay đổi, bổ sung, chỉnh sửa các điều luật trong hệ thống pháp luật Việt Nam có liên quan đến chứng cứ điện tử, cho phù hợp với yêu cầu của việc sử dụng chứng cứ điện tử. Trên cơ sở tham khảo các tài liệu có liên quan trong và ngoài nước, cũng như phân tích lý thuyết nền tảng, hệ thống pháp luật thực định, cho chúng ta thấy rằng, muốn đạt được mục tiêu nghiên cứu, đề tài cần phải chỉ rõ hiện thực, nguyên nhân, của các vấn đề bất cập trong thu thập, chấp nhận, sử dụng chứng cứ điện tử do pháp luật Việt Nam hiện có tạo nên. Nghĩa là pháp luật của Việt Nam có liên quan đến chứng cứ điện tử, cần phải có khuynh hướng tác động tích cực, mở đường cho tiến trình thu thập, đánh giá, chấp nhận và đi đến sử dụng chứng cứ điện tử thực hiện nghĩa vụ, trách nhiệm chứng minh sự thật của một sự kiện pháp lý. Nhằm bảo đảm tính công khai, minh bạch trong sử dụng chứng cứ điện tử, tính công bằng, bình đẳng cho các chủ thể tham gia tố tụng, góp phần đưa công lý đến với xã hội Việt Nam ngày một tốt hơn. Như vậy, để đạt được mục tiêu nghiên cứu, luận án phải giải quyết được các câu hỏi nghiên cứu như sau:

Câu hỏi nghiên cứu 1: Quá trình thu thập chứng cứ điện tử được pháp luật Việt Nam điều chỉnh như thế nào là phù hợp, cân bằng lợi ích của các chủ thể có liên quan, giải quyết được các thách thức do quá trình toàn cầu hóa đặt ra. Một mô hình cho quy trình điều tra kỹ thuật số để thu thập chứng cứ điện tử như thế nào là hợp lý.

Giả thuyết nghiên cứu: Quá trình thu thập chứng cứ điện tử ở Việt Nam được Luật Tố tụng trong các lĩnh vực điều chỉnh chưa mang lại hiệu quả tích cực. Ngoài ra, quá trình này chịu sự tác động của rất nhiều vấn đề có liên quan đến quyền riêng tư, quyền tự do kinh doanh, quyền sở hữu và quản trị dữ liệu điện tử. Bên cạnh đó, do đặc thù của loại chứng cứ điện tử, việc thu thập còn phải chịu áp lực từ các thách thức từ chủ quyền quốc gia, năng lực công nghệ, năng lực chủ thể tham gia. Chính vì vậy, để bảo đảm thực thi công lý, công bằng xã hội, việc thu thập chứng cứ điện tử phải đáp ứng yêu cầu phục vụ chứng minh được sự thật của sự kiện pháp lý, đồng thời bảo vệ được quyền cơ bản của con người, giải quyết hiệu quả các thách thức đặt ra. Các mô hình quy trình điều tra kỹ thuật số thu thập chứng cứ hiện có, là nền tảng nghiên cứu cho việc xây dựng một mô hình mới khả dĩ chấp nhận được, đáp ứng đòi hỏi khách quan của sử dụng chứng cứ điện tử cho pháp luật Việt Nam.

Câu hỏi nghiên cứu 2: Việc đánh giá chấp nhận chứng cứ theo hệ thống pháp luật Việt Nam có phù hợp và hiệu quả cho chứng cứ điện tử không, nên có bộ tiêu chí như thế nào là phù hợp.

Giả thuyết nghiên cứu: Các quy định pháp luật chứng cứ của Việt Nam là sự giao thoa của Luật Tố tụng và luật nội dung trên các lĩnh vực. Ở đó việc công nhận chứng cứ dựa trên thuộc tính của chứng cứ: (1) Là những gì có thật; (2) hợp pháp nghĩa là được thu thập phù hợp với pháp luật cho phép; (3) có liên quan đến để chứng minh làm rõ sự kiện pháp lý. Nếu chỉ căn cứ trên thuộc tính này thì rất mơ hồ, như thế nào là có thật, liên quan đến mức độ nào thì chấp nhận, tính hợp pháp là pháp luật cho phép, nhưng có những Điều, Khoản pháp luật cho phép mà chưa được quy định chặt chẽ, ví dụ: Việc khám xét một hệ thống thông tin thì như thế nào là hợp pháp. Trong điều kiện chứng cứ điện tử thì tính sự thật của chứng cứ còn mơ hồ hơn, ví dụ: Làm sao biết chứng cứ điện tử, trình bày thông qua dữ liệu điện tử thu thập được là sự thật, trong khi độ tin cậy của dữ liệu điện tử còn phải xem xét, dữ liệu ban đầu chưa chắc là chưa bị sửa chữa thay đổi… rất nhiều vấn đề cần phải làm rõ. Vì vậy, trong trường hợp chấp nhận chứng cứ điện tử, cần phải dựa trên quy định của pháp luật, đặc biệt phải đáp ứng yêu cầu pháp lý, yêu cầu công nghệ, yêu cầu chứng minh. Cần nên rõ ràng, rành mạch để các chủ thể tham gia tố tụng nhận ra, chấp nhận một cách minh bạch, công khai góp phần bảo đảm công lý, công bằng xã hội. Một bộ tiêu chí và mô hình quy trình chấp nhận chứng điện tử, có thể là yêu cầu tất yếu khách quan của chấp nhận chứng cứ điện tử.

Câu hỏi nghiên cứu 3: Sử dụng chứng cứ điện tử theo pháp luật Việt Nam trong từng lĩnh vực khác nhau như thế nào, từng loại hình chứng cứ điện tử được sử dụng ra sao để đáp ứng được yêu cầu pháp lý mà vẫn bảo đảm được mục tiêu chứng minh làm rõ sự kiện pháp lý.

Giả thuyết nghiên cứu: Mục đích của chứng cứ điện tử là giúp cho người tham gia tố tụng chứng minh sự thật của vụ kiện, vụ án, Tòa án và các cơ quan tài phán khác ra phán quyết hợp lý khách quan, bảo đảm tính công tâm, sự thật của tình huống pháp lý tranh chấp. Chứng cứ điện tử thì rất đa dạng, phức tạp, rất nhiều định dạng khác nhau, sử dụng chứng cứ điện tử cho từng lĩnh vực cũng có yêu cầu khác nhau. Kết hợp chặt chẽ yêu cầu chứng minh, yêu cầu pháp lý, yêu cầu công nghệ, các kết quả khoa học của các ngành khác có liên quan, cũng như sử dụng ý kiến chuyên gia trong từng lĩnh vực của công nghệ hình thành chứng cứ điện tử, hoàn chỉnh nguyên tắc sử dụng chứng cứ điện tử. Trên cơ sở đó, sử dụng chứng cứ điện tử có hiệu quả, mang lại kết quả tích cực trong thực hiện nghĩa vụ, trách nhiệm và quyền chứng minh, để có được tính công bằng trong xét xử các vụ kiện, vụ án, hoặc tranh chấp các tình huống pháp lý khác của các chủ thể tham gia tố tụng.

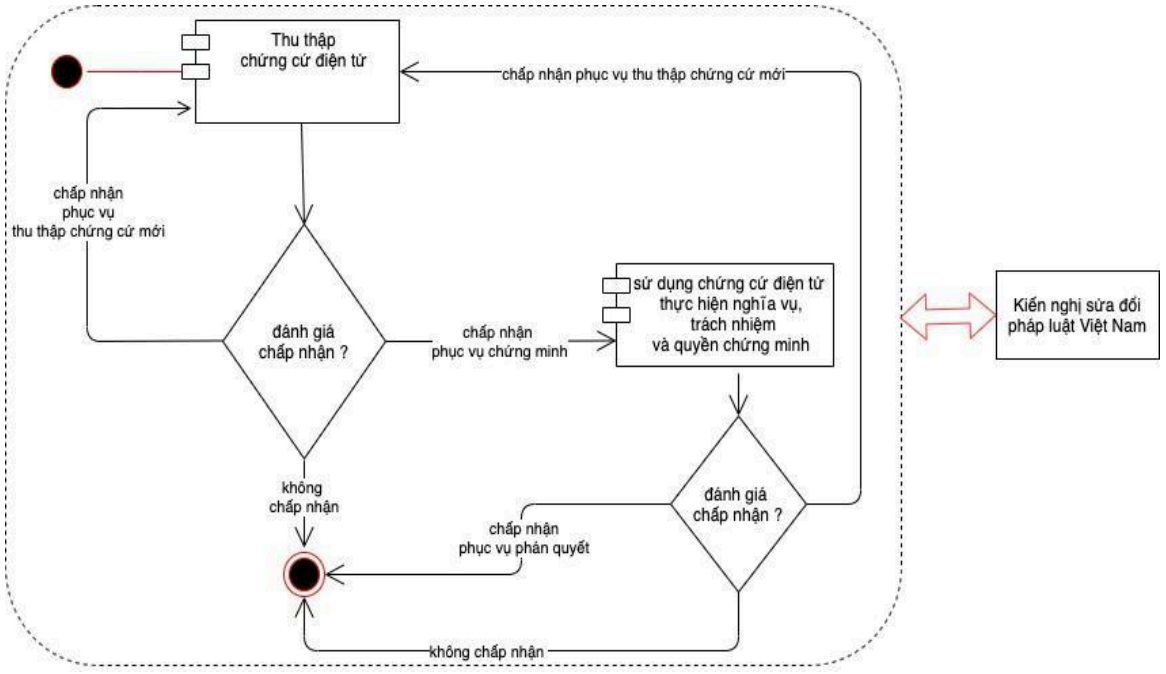
Câu hỏi nghiên cứu 4: Pháp luật Việt Nam có liên quan đến chứng cứ điện tử, cần phải được sửa đổi, bổ sung như thế nào cho phù hợp với yêu cầu tồn tại khách quan của chứng cứ điện tử.

Giả thuyết nghiên cứu: Chứng cứ điện tử có được từ quá trình sử dụng công nghệ của con người, yếu tố công nghệ đóng vai trò quyết định trong phản ánh chứng cứ điện tử. Chúng ta có quyền khẳng định, không có công nghệ thông tin thì không có chứng cứ điện tử. Từ đó, cho phép hiểu rằng, các thuộc tính của chứng cứ điện tử phải có nội dung khác với thuộc tính của chứng cứ theo pháp luật Việt Nam hiện thời. Khái niệm chứng cứ được quy định trong hệ thống pháp luật Việt Nam là một định nghĩa dựa trên thuộc tính là không bao quát cho tất cả các loại hình chứng cứ, một thách thức không đồng bộ, không phù hợp cho tất cả các loại hình chứng cứ, trong đó chứng cứ điện tử là một điển hình. Từ đây, đã dẫn đến các hệ lụy khác cho việc thu thập, chấp nhận, sử dụng chứng cứ điện tử, pháp luật Việt Nam hiện thời cần phải được sửa đổi.

Tóm lại, sử dụng chứng cứ điện tử là một tiến trình qua nhiều công đoạn như thu thập, đánh giá và chấp nhận, sử dụng để chứng minh sự kiện pháp lý. Tiến trình này, bắt đầu khi có tình huống pháp lý tranh chấp cho đến khi được Tòa án hay các cơ quan tài phán khác có phán quyết cuối cùng. Do chứng cứ điện tử được hình thành từ việc đi tìm sự thật tồn tại khách quan, của quá trình tố tụng. Do vậy để có được chứng

cứ điện tử sử dụng trong quá trình giải quyết các vụ án, thì cần thiết phải xuất phát từ bước thu thập chứng cứ điện tử. Sau đó, các chủ thể tố tụng (đặc biệt là Tòa án) đánh giá, chấp nhận các tài liệu điện tử có được sử dụng làm chứng cứ hay không. Cuối cùng mới đến khâu Tòa án và các chủ thể tố tụng sử dụng chứng cứ điện tử để làm cơ sở thực hiện quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm chứng minh của mình trong vụ án nhằm đưa ra giả thuyết hợp lý, giúp Tòa án và các cơ quan tài phán khác ra phán quyết một cách chính xác, công bằng, đúng pháp luật.

Các vấn đề nghiên cứu thể hiện qua 4 câu hỏi nghiên cứu ở trên, có thể được tóm tắt qua mô hình nghiên cứu tổng quan sau:



Hình 1.3. Mô hình vấn đề nghiên cứu của đề tài (tác giả)

1.4 Phương pháp nghiên cứu

1.4.1 Phương pháp luận

Cơ sở phương pháp luận: Để đạt được những mục đích đề ra, trong quá trình nghiên cứu tác giả sử dụng phương pháp luận biện chứng duy vật, duy vật lịch sử của chủ nghĩa Mác - Lênin kết hợp với tư tưởng Hồ Chí Minh về nhà nước và pháp luật.

Mục đích chính của pháp luật về tố tụng là bảo đảm phát hiện chính xác và xử lý nghiêm minh, kịp thời, khách quan và toàn diện để làm sáng tỏ sự thật của vụ án, góp phần bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ chế độ xã hội chủ nghĩa, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân; giáo dục mọi người nghiêm chỉnh chấp hành pháp luật. Để làm sáng tỏ sự thật của vụ án đòi hỏi cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng, người

tham gia tố tụng phải thu thập các chứng cứ có liên quan đến vụ án. Hay nói cách khác, chứng cứ là phương tiện duy nhất để chứng minh trong tố tụng. Trong thời đại bùng nổ của công nghệ thông tin, dữ liệu điện tử trở thành một phần tất yếu trong các giao dịch, trao đổi thông tin trên môi trường Internet. Do đó, việc làm rõ cơ sở phương pháp luận của chứng cứ nói chung, chứng cứ điện tử nói riêng theo quan điểm của chủ nghĩa Mác – Lênin đóng vai trò quan trọng trong việc làm sáng tỏ các nội dung liên quan đến luận án.

Cơ sở phương pháp luận của việc nghiên cứu về chứng cứ điện tử là triết học Mác – Lênin, đặc biệt là chủ nghĩa duy vật biện chứng. Chủ nghĩa duy vật biện chứng, nhất là học thuyết về nhận thức được sử dụng như là cơ sở phương pháp luận của chứng cứ điện tử thông qua những quan điểm cơ bản sau đây:

Thứ nhất, mọi sự vật, hiện tượng của thế giới khách quan luôn tồn tại trong mối quan hệ qua lại và chịu sự tác động lẫn nhau. Bằng sự tác động qua lại đó, sự tồn tại của sự vật, hiện tượng này luôn để lại "dấu vết" ở sự vật, hiện tượng khác. Sự tồn tại của chứng cứ điện tử cũng mang tính khách quan, khi chứng cứ điện tử hình thành và được sử dụng trong cuộc sống thì cũng để lại các "dấu vết" nhất định dưới nhiều hình thức khác nhau.

Thứ hai, học thuyết về nhận thức của chủ nghĩa duy vật biện chứng là cơ sở phương pháp luận đặc biệt quan trọng trong lý luận về chứng cứ nói chung và chứng cứ điện tử nói riêng trong pháp luật tố tụng ở nước ta. Tinh thần cơ bản của chủ nghĩa Mác – Lênin về nhận thức là "*Từ trực quan sinh động đến tư duy trừu tượng và từ tư duy trừu tượng đến thực tiễn – đó là con đường biện chứng của nhận thức chân lý, của sự nhận thức hiện thực khách quan*" (VI. Lênin, 1981). Học thuyết về nhận thức của chủ nghĩa duy vật biện chứng là sự phản ánh của thế giới khách quan trong ý thức con người, cách giải quyết vấn đề cơ bản của triết học là vật chất có trước và sau mới là ý thức. Ý thức của con người có khả năng phản ánh chính xác, toàn diện hiện thực khách quan là xuất phát điểm cực kỳ quan trọng cho lý luận về chứng cứ nói chung và chứng cứ điện tử nói riêng, cho hoạt động lập pháp về chứng cứ điện tử cũng như áp dụng các quy định pháp luật về chứng cứ điện tử trong thực tiễn (Nguyễn Ngọc Kiện và cộng sự, 2020).

Thứ ba, phương pháp biện chứng của học thuyết Mác – Lênin về nhận thức cũng có ý nghĩa quan trọng trong lý luận về chứng cứ điện tử. Phương pháp biện chứng đặt nền móng cho việc áp dụng các quy luật của phép biện chứng duy vật vào quá trình thu thập, chấp nhận chứng cứ điện tử. Các nội dung quan trọng của phép biện

chứng trong nhận thức như nguyên tắc toàn diện, đầy đủ, cụ thể, hệ thống... đóng vai trò quan trọng trong việc thu thập, chấp nhận chứng cứ điện tử để chứng minh các tình tiết trong vụ án (Nguyễn Ngọc Kiện và cộng sự, 2020).

1.4.2 Phương pháp nghiên cứu

Tác giả sử dụng các phương pháp:

- Phương pháp phân tích và tổng hợp được sử dụng xuyên suốt Luận án để nhận thức từ chi tiết đến khái quát vấn đề nghiên cứu. Cụ thể, về thu thập, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử, Luận án đã xem xét cơ sở khoa học, cơ sở pháp lý, làm sáng tỏ các ưu khuyết điểm của pháp luật hiện hành về vấn đề này. Trên cơ sở phương pháp này, luận án nghiên cứu một số vụ việc cụ thể để phân tích thực trạng thu thập, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử.
- Phương pháp đối chiếu, so sánh được sử dụng để tìm ra sự tương đồng và khác biệt giữa các quy định về thu thập, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử. Bên cạnh đó, luận án còn so sánh các quy định về thu thập, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử trong hệ thống Thông luật và Dân luật. Đồng thời, với phương pháp này tìm ra điểm thống nhất và khác biệt vấn đề thu thập, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử trong pháp luật của các quốc gia với pháp luật Việt Nam.
- Phương pháp phân tích luật viết được sử dụng để làm rõ ý nghĩa của các khái niệm, thuật ngữ về thu thập, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử.
- Phương pháp thống kê được sử dụng để tập hợp các quy định pháp luật có liên quan cũng như các báo cáo, vụ việc từ thực tiễn thu thập, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử.

1.5 Những điểm mới khoa học của luận án

Luận án là công trình đầu tiên nghiên cứu một cách toàn diện các vấn đề lý luận, pháp lý và thực tiễn áp dụng chứng cứ điện tử ở cấp độ tiến sĩ. Vì vậy, nội dung của Luận án cung cấp rất nhiều điểm mới:

Điểm mới thứ nhất, luận án sử dụng cách tiếp cận, phương pháp nghiên cứu liên ngành từ luật hiến pháp, luật dân sự, luật thương mại, luật hình sự, luật hành chính và một số tiêu chuẩn kỹ thuật đặc thù để có cách tiếp cận toàn diện về chứng cứ điện tử trong tất cả lĩnh vực - bởi nó đều có chức năng phản ánh sự thật khách quan; vật lưu giữ, phản ánh chứng cứ dù trong lĩnh vực dân sự hay hình sự, hành chính đều tuân theo các quy luật lý, hoá, sinh giống nhau.

Điểm mới thứ hai, trên cơ sở tiếp thu các nội dung khoa học trong các công trình nghiên cứu ở trong và ngoài nước về chứng cứ điện tử, Luận án đã xây dựng được khung lý thuyết về chứng cứ điện tử qua việc làm rõ các vấn đề về khái niệm, bản chất, phương pháp, biện pháp thu thập, chấp nhận, sử dụng chứng cứ điện tử.

Điểm mới thứ ba, thông qua việc phân tích tiến trình thu thập, chấp nhận, sử dụng chứng cứ điện tử, Luận án đã làm rõ được những quan điểm pháp lý về chứng cứ, chứng cứ điện tử theo pháp luật Việt Nam. Đồng thời, Luận án đã đưa ra cách giải quyết các yếu tố mâu thuẫn và thách thức trong thu thập chứng cứ điện tử. Trên cơ sở đó, Luận án làm rõ các yêu cầu pháp lý, yêu cầu công nghệ đối với chứng cứ điện tử.

Điểm mới thứ tư, Luận án đã lý giải các yêu cầu sử dụng chứng cứ điện tử thực hiện nghĩa vụ chứng minh, kết hợp giữa yêu cầu chứng minh, yêu cầu pháp lý và yêu cầu công nghệ trong sử dụng chứng cứ điện tử. Đặc biệt Luận án đã làm rõ mối quan hệ biện chứng giữa các yêu cầu này.

Điểm mới thứ năm, Luận án đã xây dựng được quy trình điều tra thu thập chứng cứ điện tử cho các lĩnh vực hình sự, dân sự, phản ứng sự cố máy tính. Bên cạnh đó, luận án cố gắng xây dựng bộ tiêu chí chấp nhận chứng cứ điện tử. Cuối cùng, Luận án đã kiến nghị sửa đổi, bổ sung cho đồng bộ các vấn đề có liên quan đến chứng cứ điện tử trong hệ thống pháp luật Việt Nam.

1.6 Bố cục luận án

Phần mở đầu

Chương 1. Tổng quan về vấn đề nghiên cứu

Chương 2. Pháp luật Việt Nam về thu thập chứng cứ điện tử

Chương 3. Pháp luật Việt Nam về chấp nhận chứng cứ điện tử

Chương 4. Sử dụng chứng cứ điện tử, kiến nghị sửa đổi pháp luật Việt Nam

Kết luận Chương 1

Như vậy, chúng ta đã thấy được tại sao phải tiến hành nghiên cứu đề tài Pháp luật Việt Nam về chứng cứ điện tử. Với mục tiêu nghiên cứu rõ ràng, các công trình nghiên cứu trong nước và trên thế giới có liên quan được xem xét đánh giá khách quan, từ đó tác giả xác định được lỗ hổng cần nghiên cứu. Trên cơ sở phân tích các lý thuyết nền tảng, hệ thống luật thực định của các hệ thống pháp lý và Việt Nam, tác giả đã định hình được khung lý thuyết cho nghiên cứu, cũng như khung khái niệm nghiên cứu, đó là vấn đề của pháp luật Việt Nam trong thu thập, chấp nhận, sử dụng chứng cứ điện tử thực hiện quyền, trách nhiệm và nghĩa vụ chứng minh.

CHƯƠNG 2. PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ THU THẬP CHỨNG CỨ ĐIỆN TỬ

Thu thập chứng cứ điện tử là giai đoạn khởi đầu, cho toàn bộ quá trình hình thành chứng cứ điện tử, được sử dụng để chứng minh một tình huống pháp lý có thật đã xảy ra, cần được làm rõ. Chương này, Nghiên cứu sinh dựa trên kết quả nghiên cứu trước đây và hệ thống pháp luật Việt Nam hiện có, để xây dựng một khung lý thuyết cho việc thu thập chứng cứ điện tử, nhằm làm rõ các vấn đề về khái niệm, bản chất, nguyên tắc, phương pháp, biện pháp thu thập chứng cứ điện tử, cho từng lĩnh vực khác nhau như hình sự, dân sự, phản ứng sự cố máy tính. Chỉ ra các tác nhân tạo ra thử thách tác động đến các chủ thể tố tụng trong quá trình thu thập chứng cứ điện tử. Cuối cùng, đưa ra một quy trình điều tra thu thập chứng cứ điện tử khả dĩ, phù hợp cho luật pháp Việt Nam với những sửa đổi bổ sung hiệu quả nhất, cho các lĩnh vực tài phán khác nhau, đáp ứng được hội nhập quốc tế và yêu cầu thực tiễn khách quan của chứng cứ điện tử.

2.1 Cơ sở khoa học và lý thuyết cho việc thu thập chứng cứ điện tử

2.1.1 Cơ sở khoa học

Chứng cứ được xem là phương tiện quan trọng để các cơ quan tiến hành tố tụng làm sáng tỏ nội dung, tình tiết nhằm giải quyết vụ việc một cách đúng đắn. Chứng cứ là những gì có thật được các bên và cơ quan, tổ chức, cá nhân khác giao nộp, xuất trình cho các các cơ quan tiến hành tố tụng trong quá trình tố tụng hoặc do Tòa án thu thập được theo thủ tục do pháp luật quy định và được Tòa án sử dụng làm căn cứ để xác định các tình tiết khách quan của vụ việc cũng như xác định yêu cầu hay sự phản đối của một chủ thể là có căn cứ và hợp pháp[20]. Có thể hiểu, chứng cứ là những gì tồn tại trong thế giới vật chất, thế giới tinh thần mà con người có thể nhận biết được; chứng cứ luôn chứa đựng sự thật khách quan (Lê Văn Thiệp, 2016).

Với sự tiến bộ vượt bậc trong lĩnh vực công nghệ thông tin đã ảnh hưởng đến mọi lĩnh vực và cách thức truyền thông và điều này đã ít nhiều thay đổi trong đánh giá chứng cứ tại Tòa án khi truyền thông điện tử đang là xu hướng tất yếu. Hiện nay pháp luật Việt Nam thừa nhận giá trị chứng cứ của dữ liệu điện tử, thông điệp dữ liệu.

Theo Luật Giao dịch điện tử năm 2005 thì *"Dữ liệu là thông tin dưới dạng ký hiệu, chữ viết, chữ số, hình ảnh, âm thanh hoặc dạng tương tự*"[21]. Quy định này cho thấy "Dữ liệu điện tử" được coi là nguồn chứng cứ trong giao dịch điện tử. Để "Dữ

[20] Điều 93 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

[21] Khoản 5 Điều 4 Luật Giao dịch điện tử năm 2005.

liệu điện tử" được xem là chứng cứ hay gọi là chứng cứ điện tử thì dữ liệu điện tử được thu thập theo trình tự, thủ tục do pháp luật quy định về chứng cứ.

Pháp luật hiện hành chưa có khái niệm pháp lý về "chứng cứ điện tử" nhưng có thể hiểu chứng cứ điện tử là bất kỳ thông tin xác thực nào được lưu trữ hoặc truyền dưới dạng kỹ thuật số mà các bên có thể sử dụng trước Tòa án. Điều này có nghĩa là bất kỳ thông tin nào lưu trữ hoặc truyền dưới dạng kỹ thuật số thì có thể xem là chứng cứ điện tử (Orin S. Kerr, 2005). Như vậy, có thể hiểu "Chứng cứ điện tử" là chứng cứ thu được từ dữ liệu điện tử có trong hoặc được tạo ra bởi bất kỳ thiết bị nào mà chức năng của nó phụ thuộc vào chương trình phần mềm hoặc từ dữ liệu được lưu trữ hoặc truyền tải qua hệ thống máy tính hoặc mạng truyền thông. Từ những quan điểm về Chứng cứ điện tử, có thể khái quát "Chứng cứ điện tử" là tất cả những thông tin, dữ liệu được thu thập từ các thiết bị điện tử như máy tính và các thiết bị lưu trữ thông tin, dữ liệu hay các thông tin, dữ liệu từ mạng máy tính, điện thoại di động, máy ảnh kỹ thuật số... cũng như từ Internet (Nguyễn Thành Minh Chánh, 2021).

Về nguyên tắc, mọi giao tiếp của con người đều để lại dấu vết. Trên không gian mạng, mặc dù giao tiếp thông qua việc sử dụng thiết bị điện tử, nhưng đây là sự giao tiếp nên vẫn phải để lại dấu vết và chứng cứ điện tử sẽ tồn tại (Zatyko, K., & Bay, J. S, 2012). Khi hoạt động của con người thông qua thiết bị điện tử, hệ thống mạng máy tính, dù cố ý hay vô ý không thể không để lại danh tính kỹ thuật số, dưới dạng là tập hợp dấu vết kỹ thuật số được biểu hiện dưới dạng chữ viết, ký hiệu, ngôn ngữ tự nhiên, ngôn ngữ máy tính, ngôn ngữ lập trình, tài liệu, tin nhắn, hình ảnh, âm thanh, video, thông tin đăng nhập, mua hàng trực tuyến hoặc phiên duyệt web, thanh toán hóa đơn, hay biểu thị bằng rất nhiều cách hiển thị khác nhau, được lưu giữ, truyền dẫn trong thiết bị điện tử hoặc hệ thống mạng lưới các mối quan hệ và trao đổi trực tuyến của người dùng. Việc tạo ra dấu vết kỹ thuật số là một phần không thể thiếu của giao tiếp trong xã hội thông tin. Dấu vết kỹ thuật số, là các mảnh vỡ của các tương tác hoặc hoạt động của con người trong quá khứ, trên không gian mạng (Reigeluth T, 2014).

Dấu vết kỹ thuật số chúng đại diện cho một quy trình kỹ thuật xây dựng liên quan đến một tác nhân hoặc hành động nhất định của một cá nhân, một tập thể hoặc một tổ chức. Thông qua các thủ tục kết nối dữ liệu với các thực thể của thế giới xã hội thực, những dấu vết này trở nên có ý nghĩa thông tin có giá trị sử dụng trong chứng minh một vấn đề nào đó (Hepp, A., Breiter, A., & Friemel, T. N., 2018).

Như vậy, chúng ta thấy dấu vết kỹ thuật số phản ánh ba vấn đề: (1) Phản ánh hành vi của con người trong không gian số hay còn gọi là không gian mạng; (2) phản ánh công nghệ, công cụ, phương tiện tạo ra nó; (3) tồn tại dưới dạng vật chất là dữ liệu điện tử vì nó được sinh ra thông qua quy trình công nghệ, công cụ, thiết bị điện tử. Điều quan trọng là khi kết nối khách quan với sự kiện, thực thể cụ thể trong thế giới thực một cách phù hợp thì sẽ cho chúng ta thông tin. Chứng cứ là thông tin mà ở đó sự thật có xu hướng được chứng minh (Keane, A. and McKeown, P, 2012). Cuối cùng nếu chúng ta thu thập dấu vết kỹ thuật số thì thu nhận được dạng vật chất là dữ liệu điện tử, phản ánh hành vi của con người, phương tiện, công cụ, công nghệ mà con người sử dụng tạo ra dấu vết. Nếu dấu vết này được nhận thức đầy đủ, sẽ giải thích được sự kiện pháp lý một cách logic, thuyết phục, phù hợp với yêu cầu pháp lý thì rõ ràng nó là thông tin, có xu hướng chứng minh cho một sự thật. Nói cách khác, đây chính là chứng cứ có nguồn là dữ liệu điện tử, còn gọi là chứng cứ điện tử. Đây chính là cơ sở khoa học, cho phép chúng ta tiến hành xây dựng lý thuyết điều tra thu thập chứng cứ điện tử; nền tảng cho việc đề xuất xây dựng các quy định pháp luật cho thu thập chứng cứ điện tử của pháp luật Việt Nam.

2.1.2 Cơ sở lý thuyết

Mặc dù, khái niệm thu thập chứng cứ không được các hệ thống pháp luật Anh, Mỹ, Pháp, Đức định nghĩa, hoặc nêu thành điều luật rõ ràng, nhưng các hệ thống pháp luật khác nhau đều có các biện pháp phục vụ cho yêu cầu thu thập chứng cứ. Với hệ thống Thông luật, hệ thống pháp luật Mỹ có rất nhiều biện pháp phục vụ cho việc thu thập chứng cứ, trong dân sự lẫn hình sự. Ví dụ các Quy tắc trong Tiêu đề V. Tiết lộ và khám phá (*Title V. Disclosures and discovery*), Quy tắc Tố tụng Dân sự của Mỹ (U.S. Goverment, 2019). Ngoài ra, Quy tắc 16. Khám phá và khám xét (*Discovery and Inspection*), Tiêu đề IV. Sự buộc tội và chuẩn bị xét xử (Title IV. Arraignment and Preparation for Trial), Quy tắc Tố tụng Hình sự Mỹ (*U.S. Goverment, 2021*). Trong hệ thống pháp luật hệ thống Dân luật không có khái niệm tiết lộ, khám phá.

Tại Pháp, luật Dân sự Pháp không có khái niệm khám phá (Martin Oudin, 2015) nhưng có quy định rất nhiều biện pháp phục vụ cho thu thập chứng cứ, ví dụ biện pháp điều tra (*Investigations*) được quy định trong Luật Tố tụng Dân sự của Pháp từ Điều 204 đến Điều 231. Ngoài ra, trong Chương VIII. Thu giữ, Đánh chặn viễn thông, Tìm kiếm có sự hỗ trợ của máy tính, Sử dụng các thiết bị kỹ thuật, Sử dụng các nhà điều tra

bí mật và tìm kiếm của Luật Tố tụng Hình sự Đức cũng nhằm mục đích thu thập chứng cứ.

Tóm lại, như phân tích ở trên từ Thông luật, Dân luật, pháp luật trên lĩnh vực dân sự hay hình sự bằng cách này hay cách khác, đều hướng đến việc thu thập chứng cứ, thông qua các biện pháp được quy định trong các luật tố tụng, thực chất của những biện pháp này là thực hiện quá trình điều tra, với các tên gọi khác nhau. Ví dụ thuật ngữ *khám phá* qua nghiên cứu các quy tắc trong Luật Tố tụng Dân sự và Luật Tố tụng Hình sự Mỹ, có thể hiểu, *khám phá* là một loại công cụ tố tụng được sử dụng bởi một chủ thể tham gia trong một vụ kiện dân sự hoặc vụ án hình sự, được thực hiện trước khi xét xử, để thu thập chứng cứ cần thiết phục vụ cho việc thực hiện quyền, trách nhiệm hay nghĩa vụ chứng minh. Như vậy, quá trình khám phá thực chất cũng là một quá trình điều tra nhằm mục đích thu thập chứng cứ. Rõ ràng, cả hình sự, dân sự các chủ thể tham gia tố tụng muốn có chứng cứ, thì phải thông qua các biện pháp điều tra để thu thập chứng cứ, dưới nhiều hình thức, biện pháp, phương pháp, mức độ thực hiện, quyền hạn thực hiện, mức độ can thiệp của Nhà nước, cơ quan tư pháp là hoàn toàn khác nhau. Tuy nhiên, chúng có một điểm chung là cần phải được hợp tác, quản lý của cơ quan tư pháp và với biện pháp tương xứng (Grimm, H. P. W, 2018).

Do đặc thù của chứng cứ điện tử, là một loại hình chứng cứ có nguồn từ dữ liệu điện tử rất dễ bị thay đổi, khó bảo đảm được tính nguyên vẹn của dữ liệu điện tử, làm cho tính toàn vẹn của chứng cứ điện tử có thể bị xâm hại, thậm chí trong một số trường hợp không có bản gốc để đối chiếu so sánh. Việc thu thập chứng cứ điện tử có ảnh hưởng rất lớn đến quyền, lợi ích hợp pháp của nhiều tổ chức, cá nhân khác nhau, có khi các đối tượng ấy không liên quan đến tình huống pháp lý, nên yêu cầu cần phải được quản lý của cơ quan tư pháp và áp dụng những biện pháp tương xứng là yêu cầu khách quan cần thiết, để bảo đảm được quyền, lợi ích và nghĩa vụ của các bên liên quan trong một vụ án, vụ kiện. Pháp luật Việt Nam trong lĩnh vực dân sự tại Điều 97 quy định về xác minh, thu thập chứng cứ của Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015, lý giải của bình luận khoa học luật tố tụng dân sự (Trần Anh Tuấn, 2017). Ngoài ra, Điều 88 về thu thập chứng cứ, Điều 107 về thu thập phương tiện điện tử, dữ liệu điện tử trong Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021) cũng lý giải về các vấn đề mới trong Bộ luật này và các vấn đề về chứng cứ điện tử.

Chính vì vậy, trong chương này tác giả dựa trên cơ sở khoa học, cơ sở lý thuyết, hệ thống pháp luật thực định, vừa trình bày ở trên để tìm hiểu, xây dựng khái niệm, bản chất của quá trình thu thập chứng cứ điện tử, xây dựng nguyên tắc, phương pháp,

biện pháp thu thập chứng cứ điện tử phù hợp, tương xứng. Đồng thời, tác giả đánh giá tác động của các tác nhân ảnh hưởng đến quá trình thu thập chứng cứ điện tử, kết hợp với việc chấp nhận kết quả pháp y kỹ thuật số như là một biện pháp để điều tra thu thập chứng cứ điện tử, xây dựng mô hình cho quy trình điều tra thu thập chứng cứ điện tử giúp các cơ quan tư pháp quản lý một cách có hiệu quả quá trình điều tra thu thập chứng cứ điện tử.

2.2 Nội dung thu thập chứng cứ điện tử

2.2.1 Khái niệm về thu thập chứng cứ điện tử

Quá trình thu thập chứng cứ trong hình sự gồm phát hiện, ghi nhận, thu giữ và bảo quản chứng cứ, trong dân sự thì chủ thể, biện pháp, mức độ, yêu cầu tiến hành thu thập chứng cứ khác lĩnh vực hình sự, nhưng ở góc độ trình tự, phương pháp thu thập thì như nhau (Đỗ Văn Đương, 2011). Tuy nhiên, do chứng cứ điện tử được hình thành trên nền tảng công nghệ, nên chứng cứ điện tử có đặc điểm khác với chứng cứ truyền thống. Vì vậy, việc thu thập chứng cứ điện tử được tiến hành với quy trình trong từng công đoạn có khác với việc thu thập chứng cứ truyền thống.

Dựa trên quy luật tự nhiên - xã hội, kết quả của khoa học sẵn có, kết hợp với yêu cầu chứng minh sự kiện pháp lý, chủ thể thu thập chứng cứ sử dụng biện pháp mà pháp luật cho phép tiến hành *tìm kiếm*, để phát hiện chứng cứ hoặc nguồn chứng cứ. Đối với chứng cứ điện tử ngoài những yếu tố trên, chủ thể thu thập chứng cứ còn phải hiểu biết về quy tắc của việc sử dụng phần cứng, lẫn phần mềm của công nghệ thông tin, để sử dụng công cụ, phương tiện phù hợp tìm kiếm, *phát hiện* chứng cứ điện tử. Không chỉ hiểu biết mà còn phải sử dụng được thiết bị điện tử và phần mềm.

Đơn cử, có một vụ cướp tiền ở ngân hàng, hung thủ đã bắn vào nhân viên ngân hàng, hiện trường có nhiều vết máu, hung thủ cướp được tiền và tẩu thoát. Khi thu thập chứng cứ đáp ứng yêu cầu chứng minh sự kiện pháp lý, điều tra viên phải tìm ra bì đạn, đầu đạn để giám định vũ khí, hung thủ là ai và nhiều thứ khác nữa. Thu thập dấu vết mẫu máu của nạn nhân và mẫu máu có tại hiện trường phục vụ truy nguyên. Điều tra viên ngoài việc vận dụng các biện pháp thu thập chứng cứ theo pháp luật cho phép, còn phải vận dụng sự hiểu biết của quy luật tâm lý con người để xác định lời khai người làm chứng. Quy luật tự nhiên, để có thể xác định hướng nổ súng của hung thủ, theo đó tìm phát hiện thêm dấu vết tội phạm. Đồng thời sử dụng thành tựu y khoa xác định được nhóm máu gen di truyền. Tại hiện trường có nhiều camera giám sát, điều tra viên phải tiến hành thu thập dữ liệu điện tử được lưu trữ trong thiết bị điện tử là

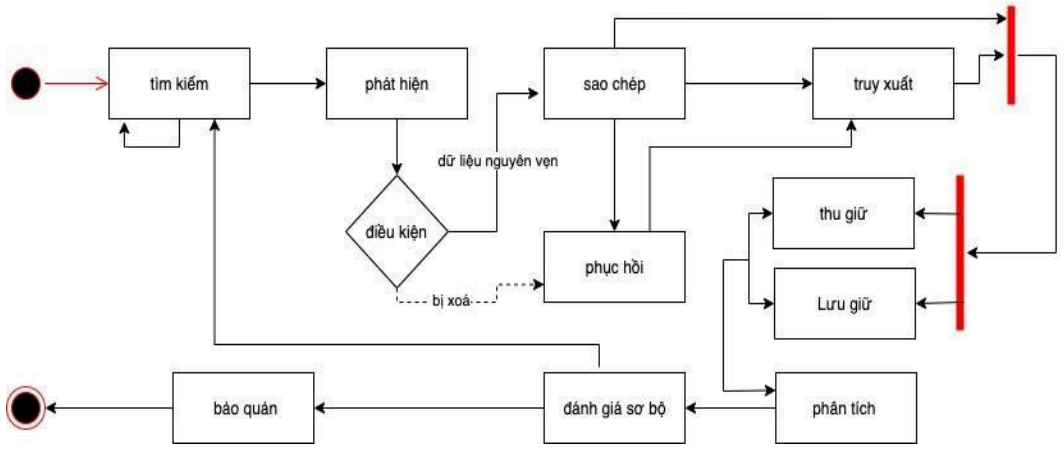
camera. Như vậy, chủ thể thu thập phải biết sử dụng công cụ, phương tiện điện tử để thu thập, việc thu thập này lệ thuộc vào nhiều yếu tố, nhưng có yếu tố bắt buộc là phải nắm bắt, hiểu biết và sử dụng công nghệ số thành thạo (Carrier, B. and Spafford, E. H, 2003). Có như vậy, khâu phát hiện mới đạt yêu cầu trong thu thập chứng cứ điện tử nói riêng và chứng cứ nói chung. Như vậy, để phát hiện được chứng cứ điện tử, chủ thể thu thập phải biết được chứng cứ ấy được con người tạo ra bằng công cụ, phương tiện gì, nó có thể tồn tại ở đâu, có thể *tìm kiếm, phát hiện* bằng công cụ gì.

Ghi nhận là sau khi phát hiện, chủ thể thu thập chứng cứ phải tiến hành ghi nhận lại, ví dụ ghi lời khai nhân chứng, lập biên bản thu giữ mô tả vật chứng, chụp hình, quay phim, lập biên bản thu giữ dấu vết… Đối với chứng cứ điện tử dạng tồn tại của nó là dữ liệu điện tử, nhưng biểu thị của nó rất đa dạng, có thể dưới dạng một văn bản word, pdf, âm thanh, hình ảnh, xml, log file… Hơn nữa dung lượng thường là lớn, có loại in được ra giấy, có loại phải sử dụng thiết bị điện tử có phần mềm mới đọc, nghe, nhìn, hoặc giải thích mới hiểu được. Trong quá trình ghi nhận đối với dữ liệu điện tử nếu còn nguyên vẹn thì chuyển sang giai đoạn sao chép thu giữ hoặc truy xuất thu giữ, nếu phát hiện bị xoá, thì sau khi *sao chép* phải *phục hồi*, trong trường hợp cần thiết phải phục hồi trước khi sao chép. Như vậy, đối với công đoạn *ghi nhận* trong trường hợp chứng cứ điện tử phải được tiến hành thành 3 công đoạn khác nhau đó là *sao chép, phục hồi, truy xuất* đưa dữ liệu điện tử vào một thiết bị điện tử để được thu giữ và một pha xem xét *điều kiện* nên giải quyết như thế nào.

Thu giữ chứng cứ, trong trường hợp chứng cứ điện tử là thu giữ thiết bị, phương tiện điện tử có dữ liệu điện tử cần *lưu giữ*, để khai thác có liên quan đến tình huống pháp lý mà chủ thể tham gia tố tụng phải chứng minh. Việc thu giữ phải đúng với trình tự thủ tục mà pháp luật cho phép, đồng thời phải đáp ứng các yêu cầu pháp lý. Với điều kiện như vậy việc thu giữ chứng cứ điện tử chính là *lưu giữ* dữ liệu điện tử vừa phải phù hợp yêu cầu pháp lý, vừa phải đáp ứng đúng với công nghệ mà đã tạo ra nó, có như vậy chứng cứ điện tử mới có giá trị sử dụng và giá trị pháp lý. Công đoạn này thường sử dụng công nghệ sao chép chống ghi ngược. Khi thu giữ, lưu giữ phải tiến hành *phân tích, đánh giá* để đi vào sử dụng hoặc *bảo quản* sử dụng.

Bảo quản chứng cứ, trong trường hợp bảo quản chứng cứ điện tử, nhiệm vụ trọng tâm chính là bảo quản dữ liệu điện tử, thiết bị điện tử có chứa dữ liệu điện tử là nguồn của chứng cứ. Việc bảo quản phải dựa trên yêu cầu công nghệ và yêu cầu pháp luật, nhằm không làm thay đổi, tổn thương, bảo đảm tính nguyên vẹn của dữ liệu điện tử; từ đó, mới có cơ sở chứng minh được tính toàn vẹn của chứng cứ điện tử.

Với phân tích như trên, cho phép chúng ta kết luận: *Thu thập chứng cứ điện tử là một quá trình sử dụng công nghệ thông tin kết hợp với biện pháp nghiệp vụ, để thu thập dữ liệu điện tử nhằm đáp ứng yêu cầu chứng minh một tình huống pháp lý đã xảy ra của chủ thể có nghĩa vụ, quyền và trách nhiệm chứng minh.* Quá trình đó bao gồm các công đoạn cơ bản như *tìm kiếm, phát hiện, sao chép, phục hồi, truy xuất, thu giữ, lưu giữ, phân tích, đánh giá và bảo quản* dữ liệu cũng như thiết bị điện tử. Tác giả đề xuất Hình 2.1 mô phỏng sự liên kết của các công đoạn trong quá trình thu thập chứng cứ điện tử, dựa theo quá trình thu thập chứng cứ truyền thống. Sau khi nghiên cứu đầy đủ các vấn đề liên quan, chúng ta sẽ xây dựng mô hình quy trình điều tra thu thập chứng cứ điện tử, phản ánh đầy đủ bản chất của chứng cứ điện tử, thực thi thu thập chứng cứ điện tử. Hiểu rõ nội hàm của khái niệm thu thập chứng cứ điện tử, thiết nghĩ chúng ta cần tìm hiểu thêm bản chất của nó, để từ đó giải quyết thấu đáo các vấn đề tiếp theo có liên quan.



Hình 2.1 Mô phỏng quá trình thu thập chứng cứ điện tử (tác giả)

2.2.2 Bản chất thu thập chứng cứ điện tử

Bản chất của chứng cứ có liên quan đến tình huống pháp lý, phải phản ánh bản chất của thế giới mà chúng ta đang sống. Thế giới mà chúng ta đang sống là thế giới tồn tại dưới dạng vật chất, con người phản ánh thế giới này thông qua quá trình nhận thức của mình. Vì vậy, chứng cứ phản ánh vật chất và phản ánh nhận thức (Forkosch, M. D., 1971). Nói cách khác, chứng cứ là nhận thức của chủ thể tham gia tố tụng về sự kiện pháp lý được mang bởi dạng vật chất nhất định nào đó. Về mặt thể hiện, chứng cứ thể hiện dưới dạng vật chất, cơ sở để chủ thể tham gia tố tụng phản ánh nhận thức của mình về thông tin của một sự kiện pháp lý đã xảy ra. Ví dụ bản hợp đồng thương mại là chứng cứ trong một vụ kiện dân sự, sẽ tồn tại dưới dạng vật chất là mực và giấy biểu thị bởi các dạng ký tự của một loại ngôn ngữ và thông tin của dạng vật chất này được

chủ thể tham gia tố tụng phản ánh bằng nhận thức của họ (Nguyễn Hải An, 2019). Như vậy, chứng cứ được phản ánh qua vật chất và phản ánh nhận thức. Quá trình thu thập chứng cứ là quá trình phản ánh vật chất và một phần chưa trọn vẹn của phản ánh nhận thức, do chủ thể tham gia tố tụng thực hiện.

Chứng cứ điện tử là một loại chứng cứ, nên cũng được phản ánh bởi phản ánh vật chất và phản ánh nhận thức. Tuy nhiên, do đặc thù riêng có của chứng cứ điện tử trong quá trình hình thành lệ thuộc vào công nghệ, nên chứng cứ điện tử còn phản ánh công nghệ tạo ra nó. Ví dụ cùng là mạng xã hội nhưng cách thức lưu trữ, truyền tải thông tin, tin nhắn trên Messenger và Zalo là khác nhau. Khi sử dụng tin nhắn làm chứng cứ điện tử, nó sẽ phản ánh vật chất là dữ liệu điện tử, phản ánh nhận thức qua thông tin mà vật chất này mang, như nội dung, tài khoản gửi đi, tài khoản nhận, gửi lúc mấy giờ, nơi gửi ở đâu. Ngoài ra, nó còn phản ánh công nghệ gửi, nhận đó là công nghệ của công cụ giao tiếp là Messenger hay Zalo, thiết bị là laptop hay điện thoại di động. Khi thu thập chứng cứ điện tử thì chủ thể tham gia tố tụng sẽ có được những phản ánh này, nhưng mức độ phản ánh thì có khác nhau tùy thuộc vào nhiều yếu tố khác không thuộc phạm vi trình bày ở đây.

Từ đây, có thể thấy, *bản chất của quá trình thu thập chứng cứ điện tử là quá trình phản ánh vật chất, phản ánh nhận thức, phản ánh công nghệ về dữ liệu điện tử của chủ thể tham gia tố tụng thu thập được.* Mức độ phản ánh đáng tin cậy hay không, phản ánh đến đâu, nhận thức đến đâu là vấn đề cần nghiên cứu tiếp ở các phần sau của đề tài này.

2.2.3 Nguyên tắc và phương pháp thu thập chứng cứ điện tử

Về mặt lý luận, nguyên tắc của pháp luật là quan điểm tư tưởng có tính nền tảng, phản ánh bản chất, vai trò, đặc trưng của pháp luật. Kiểu pháp luật nào thì có nguyên tắc phù hợp với bản chất và vai trò của kiểu pháp luật đó (Nguyễn Cửu Việt, 2013). Nguyên tắc pháp luật gồm nguyên tắc chung của cả hệ thống pháp luật, nguyên tắc riêng của từng ngành luật hoặc của từng chế định pháp luật (Học viện Hành chính quốc gia, 2006). Các nguyên tắc riêng của từng chế định pháp luật phải phù hợp với tính chất, vai trò, nhiệm vụ, phạm vi điều chỉnh của ngành luật đó (Học viện Hành chính, 2009). Như vậy, có thể hiểu, nguyên tắc thu thập chứng cứ điện tử là những tư tưởng chỉ đạo đúng đắn, khách quan và khoa học, tạo thành cơ sở nền tảng cho toàn bộ hoạt động thu thập chứng cứ.

Trong khi đó, phương pháp là tổng hợp các cách thức, biện pháp mà chủ thể sử dụng để tác động lên đối tượng cụ thể nhằm đạt được mục đích đề ra (Nguyễn Cửu

Việt, 2013). Từ đây, có thể hiểu, phương pháp thu thập chứng cứ điện tử là tổng hợp các cách thức, biện pháp mà chủ thể có thẩm quyền sử dụng để thu thập chứng cứ điện tử nhằm bảo đảm tính khách quan, tính liên quan, tính hợp pháp của chứng cứ điện tử.

2.2.3.1 Nguyên tắc thu thập chứng cứ điện tử

Hiệp hội Cảnh sát trưởng của Anh trong tài liệu hướng dẫn thực hành tốt cho chứng cứ điện tử có nêu 4 nguyên tắc chứng cứ điện tử, đề cập đến bảo đảm tính nguyên vẹn của dữ liệu điện tử, năng lực của người thu thập, thiết lập tài liệu đầy đủ cho tất cả công đoạn phục vụ việc kiểm tra lại quá trình thu thập, người phụ trách công việc phải chịu trách nhiệm (Association of Chief Police Officers of England, 2011).
Tiếp theo đó, Graeme Horsman cập nhật và bổ sung thêm các nguyên tắc khi sử dụng chứng cứ, chỉ được điều tra thu thập chứng cứ điện tử khi được phép, người tiến hành công việc này phải hiểu biết pháp luật, phạm vi quyền hạn của họ, nỗ lực làm tốt công việc một cách công tâm, chỉ được thu thập dữ liệu cho mục đích công việc, không làm tổn hại đến lợi ích chính đáng khác, công việc phải được kiểm tra chặt chẽ (Graeme Horsman, 2020). Trong một tài liệu khác của Hội đồng châu Âu đề cập 5 nguyên tắc chứng cứ điện tử cơ bản, bảo đảm tính nguyên vẹn của dữ liệu, tính kiểm tra lại được quá trình thu thập, nguyên tắc hỗ trợ của chuyên gia, người tham gia thu thập chứng cứ điện tử phải được đào tạo phù hợp, tính hợp pháp (Nigel Jones et al, 2014). Tất cả tài liệu trên đều đề cập đến nguyên tắc chứng cứ điện tử và sử dụng chứng cứ điện tử, ngoại trừ tác giả Đinh Phan Quỳnh thì đề cập đến 4 nguyên tắc thu thập chứng cứ điện tử trong tố tụng hình sự giống như nguyên tắc chứng cứ điện tử của Hiệp hội Cảnh sát trưởng Anh quốc (Đinh Phan Quỳnh, 2019).

Các nguyên tắc trên chỉ áp dụng trong lĩnh vực hình sự, không dùng được trong dân sự, hơn nữa, chưa phải là nguyên tắc được xây dựng để dùng cho quá trình thu thập chứng cứ điện tử. Đồng thời, chưa làm rõ được đầy đủ các góc độ của nguyên tắc, ràng buộc chặt chẽ quá trình thu thập chứng cứ trong các lĩnh vực. Với hệ thống các nguyên tắc này, chỉ đáp ứng được độ tin cậy, không bảo đảm được yêu cầu công nghệ, chứng minh và pháp lý của chứng cứ điện tử. Thu thập chứng cứ điện tử là vấn đề thách thức đối với người làm công tác pháp luật, do tốc độ phát triển công nghệ nhanh chóng, tính ảo của chứng cứ điện tử, nhận ra nó phải thông qua thiết bị và quy trình công nghệ phù hợp. Vì vậy, người làm công việc này thường gặp phải các trạng thái: Lúng túng, hời hợt, bỏ sót chứng cứ trong quá trình điều tra vụ án hình sự, hay cực đoan làm tổn hại đến lợi ích của cá nhân, tổ chức trong vụ kiện dân sự. Vấn đề đặt ra,

các nguyên tắc nêu trên chưa đồng bộ, cần xây dựng một bộ nguyên tắc tác động đến mọi khía cạnh của việc thu thập chứng cứ điện tử, sao cho phù hợp tất cả các lĩnh vực dân sự, hình sự và các chủ thể tham gia tố tụng. Luật Việt Nam chưa thấy có quy định về nguyên tắc thu thập chứng cứ. Tuy nhiên, việc thu thập chứng cứ điện tử phải được ràng buộc bởi yêu cầu pháp lý, yêu cầu chứng minh, yêu cầu công nghệ, năng lực của người tham gia, đồng thời cũng phải bảo đảm quyền và lợi ích của các bên liên quan. Để đáp ứng các yêu cầu trên, cần phải tuân thủ các nguyên tắc trong quá trình thu thập chứng cứ điện tử được đề xuất xây dựng như sau:

Nguyên tắc 1: Chỉ được thu thập chứng cứ điện tử theo quy định của pháp luật.

Điều 21 Hiến pháp năm 2013 quy định: *"Mọi người có quyền bất khả xâm phạm về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân và bí mật gia đình; có quyền bảo vệ danh dự, uy tín của mình. Thông tin về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình được pháp luật bảo đảm an toàn. Mọi người có quyền bí mật thư tín, điện thoại, điện tín và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư khác. Không ai được bóc mở, kiểm soát, thu giữ trái luật thư tín, điện thoại, điện tín và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư của người khác".* Máy tính, hệ thống máy tính ít nhiều đều có lưu trữ, truyền tải, xử lý loại dữ liệu điện tử có liên quan đến thông tin, về những điều được Hiến pháp năm 2013 bảo vệ. Khi thu thập dữ liệu điện tử chắc chắn sẽ ảnh hưởng, vi phạm pháp luật nghiêm trọng đến việc quy định này, nếu không được cấp có thẩm quyền phê duyệt cho phép, hoặc chủ sở hữu thông tin này cho phép. Trong lĩnh vực hình sự, do yêu cầu Nhà nước có trách nhiệm chứng minh tội phạm, nên thẩm quyền phê duyệt sự xâm phạm này thuộc về Nhà nước, nhằm mục đích bảo đảm an ninh công cộng. Trong dân sự, khi muốn thu thập chứng cứ điện tử thuộc loại này phải tôn trọng nguyên tắc tự do, tự nguyện, cam kết, thỏa thuận của các bên liên quan, nên cần sự đồng tình của chủ sở hữu hoặc người có quyền định đoạt loại chứng cứ này.

Nguyên tắc 2: Bảo đảm lợi ích chính đáng của cá nhân, tổ chức trong quá trình thu thập chứng cứ điện tử.

Nguyên tắc này nhằm tôn trọng và bảo vệ quyền con người, quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân[22]. Đồng thời, bảo hộ tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, tài sản của cá nhân; danh dự, uy tín, tài sản của pháp nhân[23]. Nguyên tắc này buộc người ra quyết định thu thập chứng cứ điện tử cân nhắc khi quyết định biện pháp áp

[22] Điều 8 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021).

[23] Điều 11 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021). [28]
Điều 33 Hiến pháp năm 2013.

dụng cho phù hợp, tương xứng, không để gây ra thiệt hại không cân xứng với yêu cầu thu thập chứng cứ điện tử. Bên cạnh đó, việc thu thập chứng cứ điện tử phải tạo mọi điều kiện để mọi người thực hiện quyền tự do kinh doanh trong những ngành nghề mà pháp luật không cấm[28]. Lợi ích kinh doanh luôn hạn chế phục vụ lợi ích cộng đồng. An ninh công cộng là lợi ích cộng đồng, lợi ích của cá nhân, hoặc tổ chức tư nhân thì khó tương đồng. Vì vậy, bảo đảm được nguyên tắc này nhằm tạo điều kiện cho việc tự do kinh doanh để phát triển kinh tế, an ninh công cộng phải tìm biện pháp tốt nhất vừa phục vụ phát triển kinh tế, vừa bảo đảm sự bình yên cho xã hội. Đồng thời, sự thỏa thuận về lợi ích tư riêng cần được tôn trọng.

Nguyên tắc 3: Chỉ được thu thập chứng cứ điện tử trong phạm vi thực thi nghĩa vụ, quyền và trách nhiệm chứng minh, nhằm làm rõ sự thật, bảo đảm công bằng, khi tham gia tố tụng ở tình huống pháp lý thuộc phạm vi trách nhiệm mà cá nhân, tổ chức được pháp luật cho phép.

Trong lĩnh vực hình sự, Nhà nước có nghĩa vụ chứng minh tội phạm, nên có trách nhiệm, nghĩa vụ xác định sự thật của vụ án[24]. Trong lĩnh vực dân sự, các đương sự có nghĩa vụ chứng minh[30], Tòa án và các cơ quan tài phán khác có trách nhiệm bảo đảm công lý, công bằng, minh bạch. Chính vì vậy, các chủ thể tham gia tố tụng chỉ được quyền thu thập những loại chứng cứ điện tử có liên quan đến quyền, nghĩa vụ, trách nhiệm mà mình đang thực thi theo luật định.

Nguyên tắc 4: Chủ thể tham gia thu thập chứng cứ điện tử phải có kiến thức, kỹ năng, chuyên môn, nghiệp vụ đủ để thực thi nhiệm vụ được pháp luật cho phép. Trong trường hợp không đủ trình độ, kỹ năng, kiến thức chuyên môn thì phải trưng cầu người có kỹ năng, kiến thức, chuyên gia trong lĩnh vực đang thực hiện. Đồng thời, chủ thể tham gia thu thập chứng cứ phải là người công tâm, khách quan, không có thành kiến, hiểu biết, chấp hành nghiêm pháp luật.

Nguyên tắc 5: Công cụ, phương tiện sử dụng trong quá trình thu thập chứng cứ điện tử, phải là loại số đông đã sử dụng thông dụng trên thế giới, thường xuyên trong đời sống xã hội. Trong trường hợp là phương tiện, công cụ chuyên dùng trong pháp y kỹ thuật số thì phải là loại được các tổ chức pháp y trên thế giới công nhận và pháp luật Việt Nam thừa nhận tính hiệu quả, khả thi của nó. Trường hợp công cụ, phương

[24] Điều 15 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021). [30] Điều 91 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

tiện do tổ chức, cá nhân sản xuất, thì phải được hội đồng chuyên môn cấp nhà nước thẩm định đánh giá về độ tin cậy và tính khả thi của nó.

Nguyên tắc 6: Trong quá trình thu thập chứng cứ điện tử phải bảo đảm tính nguyên vẹn của dữ liệu điện tử - phản ánh vật chất của chứng cứ điện tử. Bảo đảm kiểm tra lại được, bằng cách ghi nhận phản ánh đầy đủ quá trình thực hiện thu thập.

Nguyên tắc này nhằm bảo đảm không có sự can thiệp trái nguyên tắc, thiên lệch, cố ý hay vô ý, làm sai lệch thông tin phản ánh sự kiện pháp lý của chứng cứ điện tử. Đối với chứng cứ điện tử dễ bị thay đổi hoặc không thể lưu giữ, bảo quản dữ liệu gốc cũng phải có phương cách kiểm chứng được, chứng minh được tồn tại sự thật khách quan của nó một cách có cơ sở khoa học.

Sáu nguyên tắc trên được đề xuất dành cho các chủ thể tham gia thu thập chứng cứ điện tử trong lĩnh vực hình sự lẫn dân sự. Đồng thời, đây cũng là những ràng buộc để bảo đảm các chủ thể thu thập có hiệu quả chứng cứ điện tử, mà vẫn bảo vệ được quyền và lợi ích thoả đáng của mọi công dân.

2.2.3.2 Phương pháp thu thập chứng cứ điện tử

Điều 6, Điều 97 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 cũng như Điều 88, Điều 107 Bộ Luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021) đều quy định thẩm quyền thu thập chứng cứ, chứng cứ điện tử của các chủ thể tham gia tố tụng, trong từng lĩnh vực có khác nhau, nhưng phương pháp thu thập thì không thể khác nhau. Phương pháp thu thập chứng cứ điện tử là phương cách được các chủ thể sử dụng để tiến hành tiếp cận khai thác hiện trường[25], thu thập dấu vết kỹ thuật số dưới dạng dữ liệu điện tử, được lưu trữ, truyền tải hay đang được xử lý ở máy tính hoặc các thiết bị điện tử khác, hệ thống máy tính. Đồng thời, cũng là cách thức cụ thể phản ánh hành vi của chủ thể tham gia tố tụng, trong các giai đoạn của quá trình thu thập chứng cứ điện tử. Nếu so sánh phương pháp thu thập chứng cứ truyền thống với chứng cứ điện tử thì

chúng hoàn toàn khác nhau. Bởi quá trình hình thành chứng cứ điện tử dựa trên quy trình công nghệ thông tin, không giống với các loại chứng cứ truyền thống khác, nên buộc phải có phương pháp khác, phù hợp để thu thập là điều dễ hiểu.

Luật pháp Việt Nam chưa có quy định về phương pháp thu thập chứng cứ điện tử. Tuy vậy, với phân tích như trên và đáp ứng yêu cầu khách quan cho việc thu thập

[25] Hiện trường, ở đây nên hiểu theo nghĩa rộng, thí dụ hiện trường tội phạm gây án, hiện trường xảy ra sự cố máy tính, hay một thiết bị điện tử, máy tính, hệ thống máy tính cần thu thập chứng cứ điện tử cũng nên xem là hiện trường (tác giả).

chứng cứ điện tử, cho phép chúng ta hình dung có hai phần trong phương pháp thu thập chứng cứ điện tử đó là: *Phương pháp nội dung* và *phương pháp hình thức*.

* *Về phương pháp nội dung:* Đó là việc sử dụng yếu tố khoa học, kỹ thuật và công nghệ dùng làm công cụ, phương tiện, để thu thập dấu vết kỹ thuật số dưới dạng dữ liệu điện tử. Phương pháp nội dung giúp phản ánh tính chất vật chất, công nghệ, cung cấp vật chất, phương tiện, cho hoạt động tư duy, nhận thức của các chủ thể trong hoạt động thu thập chứng cứ điện tử.

* *Về phương pháp hình thức:* Đó là cách thức thiết lập những hồ sơ, tài liệu phản ánh chuỗi hành vi, ghi nhận lại nhận thức của chủ thể tham gia tố tụng trong lúc tiến hành thực hiện quá trình thu thập chứng cứ điện tử.

Hai phương pháp này phối hợp chặt chẽ với nhau trong quá trình thu thập chứng cứ điện tử, chúng giao thoa, gắn kết chặt chẽ không thể tách rời, vì chúng cùng phản ánh mặt nhận thức về chứng cứ điện tử, của các chủ thể tham gia tố tụng. Phương pháp nội dung, thường được các nhà pháp y kỹ thuật số quan tâm phát triển, bởi họ chú trọng đến việc trả lời câu hỏi, bằng cách nào thu được dữ liệu điện tử, đáp ứng với yêu cầu chứng minh tình huống pháp lý, phù hợp với từng loại hình công nghệ. Phương pháp hình thức, được các nhà làm luật quan tâm hơn, vì họ quan tâm đến yếu tố pháp lý của chứng cứ điện tử, họ luôn muốn trả lời câu hỏi làm thế nào để chứng cứ điện tử được Tòa án và các cơ quan tài phán khác chấp nhận.

Phương pháp thu thập chứng cứ điện tử mang tính khoa học, kỹ thuật, công nghệ cụ thể, để thu thập dữ liệu điện tử tồn tại theo công nghệ nào đó, đây là biểu hiện của phương pháp nội dung, thì rất nhiều, đa dạng phong phú. Phương pháp *Thu thập chứng cứ nhạy cảm với rủi ro* (*Risk sensitive digital evidence collection*) là công nghệ giúp trích xuất dữ liệu điện tử cần thiết ở giai đoạn thu thập ban đầu của quy trình pháp y máy tính. Phương pháp này được thực hiện trên các hệ thống đã tắt hoặc đang sử dụng. Nhằm mục đích giảm thiểu việc thu thập dữ liệu không liên quan với phương pháp luồng sao chép truyền thống, mà vẫn bảo đảm được yêu cầu pháp lý, tiết kiệm chi phí (Erin E. Kenneally, 2005). Phương pháp kỹ thuật *Tiêm hai bước* (*the Two-Step Injection method - TSI*), tập trung vào việc ngăn chặn việc mất chứng cứ kỹ thuật số thông qua việc xóa dữ liệu của các đối tượng có liên quan, giúp cho việc thu thập chứng cứ điện tử hiệu quả có tỷ lệ thành công 100% (Syambas, N. R. and Farisi, N. El., 2014). Điện thoại thông minh trang bị cảm biến, được sử dụng để giải quyết ngữ cảnh của người dùng, điều này hữu ích trong một cuộc thu thập chứng cứ điện tử, vì nó có thể hỗ trợ việc bác bỏ hoặc chấp nhận chứng cứ. Tuy nhiên, dữ liệu cảm biến rất dễ

bị thay đổi. Do đó, họ xây dựng một phần mềm với công nghệ để thu thập dữ liệu cảm biến điện thoại thông minh làm chứng cứ điện tử (Mylonas et al, 2013).

Nghiên cứu phương pháp hình thức, tìm ra những phương pháp thích hợp phản ánh lại quá trình thu thập chứng cứ điện tử của các chủ thể tố tụng, phục vụ cho việc đánh giá chấp nhận và sử dụng chứng cứ ở các chương sau. Đây có thể xem là chuỗi tài liệu ghi chép quá trình thu thập chứng cứ điện tử, phải thể hiện được tính liên tục. Có thể có nhiều mô hình thu thập chứng cứ điện tử khác nhau, hình 2.1 mô phỏng quá trình thu thập chứng cứ điện tử đơn giản, không có tác nhân tác động, không có thách thức nào phải đương đầu. Với mô hình này có phương pháp hình thức phù hợp là: Ghi chép, mô tả, ứng dụng khoa học công nghệ và phân tích. Nó là bộ công cụ đủ để phản ánh các thông tin như: (1) Đặc điểm công nghệ của thiết bị, công cụ, quy trình công nghệ mà ở đó chúng ta cần tìm kiếm để thu thập chứng cứ điện tử; (2) thông tin cá nhân, tổ chức tham gia vào việc thu thập chứng cứ điện tử trong từng giai đoạn, quy trình của việc thu thập mà cá nhân, tổ chức đó sử dụng; (3) thời gian, địa điểm vật lý, địa chỉ IP, tài khoản, công nghệ cá nhân sử dụng để thu thập chứng cứ điện tử; (4) phải trả lời được đầy đủ các câu trả lời sau: Chứng cứ điện tử trong trường hợp này là những gì?; khả năng và thực tế chứng cứ điện tử tồn tại ở đâu?; ai đang quản lý chứng cứ điện tử?; tại sao phải thu thập chứng cứ điện tử này?; khi nào mới nắm giữ được chứng cứ điện tử này?; làm thế nào nắm giữ được nó?; (5) phản ánh các kỹ thuật để kiểm tra tính nguyên vẹn của bằng chứng kỹ thuật số khi thu giữ, bảo quản: CRC[26], chữ ký điện tử, mã hóa, dấu thời gian[27], hình mờ[28] và các kỹ thuật khác. Trong từng công đoạn của quá trình thu thập không cần phải thể hiện đầy đủ 5 yếu tố thông tin trên, nhưng ứng với công đoạn nào, có yếu tố thông tin nào thì phải được phản ánh đầy đủ, liên tục không gián đoạn. Tất cả tài liệu phản ánh thông tin này, hình thành nên bộ hồ sơ tài liệu về chứng cứ điện tử, kết hợp với các kết quả thu được từ phương pháp nội dung, chúng sẽ đáp ứng được yêu cầu pháp lý của chứng cứ điện tử.

Tóm lại, tác giả sẽ xây dựng mô hình biểu diễn phương pháp thu thập chứng cứ điện tử có thể được mô tả như sau:

---

[26] Viết tắt của Cyclic Redundancy Check là phương pháp kiểm tra phát hiện lỗi không mong muốn khi lưu trữ hay truyền dữ liệu điện tử (tác giả).

[27] Dấu thời gian (*timestamp*): Là một chuỗi các ký tự hoặc thông tin được mã hóa xác định chính xác thời gian khi một sự kiện nào đó xảy ra (tác giả).

[28] Hình mờ (*Watermark*): Có thể một đoạn text, hình ảnh, logo, khẩu hiệu hay số điện thoại, nhưng chúng được làm mờ đi chèn vào dữ liệu điện tử cần xác định sở hữu chủ (tác giả).

PPTT = {PPND, PPHT}[29]

Trong đó:

PPTT: Phương pháp thu thập chứng cứ điện tử,

PPND: Phương pháp thu thập nội dung = {YCCM, YCCN, PT CNTT}

YCCM: Yêu cầu chứng minh,

YCCN: Yêu cầu công nghệ,

PTCNTT: Phương tiện công nghệ thông tin, tập hợp các công cụ, phương tiện, quy trình công nghệ trong lĩnh vực công nghệ thông tin phục vụ cho quá trình thu thập chứng cứ điện tử.

PPHT: Phương pháp thu thập hình thức = {CC, TT, YCPL}

CC: Công cụ, tập hợp các công cụ phản ánh chuỗi hành vi = {ghi chép, mô tả, ngành khoa học công nghệ sử dụng, phân tích},

TT: Thông tin tập hợp 5 yếu tố thông tin cần phản ánh như nêu ở trên, YCPL: Yêu cầu pháp lý.

Phương pháp thu thập chứng cứ điện tử như phân tích và trình bày ở trên, là cách thức giải quyết vấn đề thu thập chứng cứ điện tử chung cho 3 lĩnh vực căn bản, đó là: Phản ứng sự cố máy tính và hệ thống máy tính (từ đây về sau gọi tắt là phản ứng sự cố máy tính), lĩnh vực dân sự, lĩnh vực hình sự. Tuy nhiên, do yêu cầu chứng minh và nguyên tắc tài phán khác nhau, nên biện pháp thu thập chứng cứ điện tử là cách thức tác động bằng các phương pháp này cũng phải khác nhau.

2.2.4 Biện pháp thu thập chứng cứ điện tử

Phương pháp thu thập chứng cứ điện tử là cách thức, để giải quyết vấn đề làm thế nào để có chứng cứ điện tử, đáp ứng được yêu cầu công nghệ, yêu cầu chứng minh và yêu cầu pháp lý, nó mang tính hệ thống, với lĩnh vực nào, phương pháp cũng được sử dụng là như nhau. Với biện pháp thu thập chứng cứ điện tử, là cách thức đưa ra để xử lý một vấn đề, một nhóm đối tượng nào đó, xử lý như thế nào, để có chứng cứ điện tử là khác nhau cho từng lĩnh vực. Lấy ví dụ đơn giản thu thập chứng cứ điện tử có trong máy tính. Về phương pháp là như nhau trong tất cả các lĩnh vực, là sao chép chống ghi ngược, phục hồi, sử dụng công cụ đọc, phân tích và trích xuất. Về biện pháp là khác nhau, trong lĩnh vực hình sự phải áp dụng biện pháp khám xét máy tính, mang tính cưỡng chế của nhà nước; lĩnh vực dân sự là sự thỏa thuận lợi ích giữa các bên liên quan, hoặc cao nhất là yêu cầu của Tòa án. Trong phần này, tác giả sẽ đưa ra các biện

[29] Tập hợp có hai phần tử là PPND và PPHT (tác giả).

pháp thu thập chứng cứ điện tử, trên lĩnh vực hình sự, dân sự. Lưu ý trong lĩnh vực phản ứng sự cố máy tính, đây là lĩnh vực không có sự điều chỉnh của pháp luật, nhưng lĩnh vực này rất cần thiết cho hai lĩnh vực còn lại, bởi vì đa phần chứng cứ điện tử dẫn đến tội phạm hình sự đều có dấu hiệu từ sự cố máy tính; những tranh chấp dân sự có sử dụng chứng cứ điện tử cũng xuất phát từ sự giao dịch thông qua máy tính, vì vậy, quan tâm đến biện pháp thu thập trong lĩnh vực sự cố máy tính, để thu thập được chứng cứ làm tiền đề cho việc xử lý dân sự, hình sự về sau.

2.2.4.1 Biện pháp thu thập chứng cứ điện tử cho phản ứng sự cố máy tính

Trong trường hợp này ưu tiên sử dụng những biện pháp thu thập chứng cứ điện tử, giúp người quản trị, chủ sở hữu hệ thống giải quyết vấn đề, phát hiện sự cố, nhanh chóng tìm ra nguyên nhân, có biện pháp khắc phục hiệu quả, bảo đảm cho hệ thống hoạt động ở mức tốt nhất có thể, hạn chế đến mức thấp nhất thiệt hại có thể xảy ra. Với mục đích như vậy, nên trong thu thập chứng cứ điện tử thường tập trung vào các biện pháp bảo vệ, phát hiện và phản ứng phù hợp với sự cố. Công việc cụ thể để thực hiện các biện pháp này là một vòng lặp bao gồm quan sát, định hướng, quyết định và hành động (*Observe, Orient, Decide, Act – OODA*) (Schneier, B, 2014).

Khi xử lý sự cố máy tính, các yêu cầu pháp lý theo quy tắc chứng cứ hoặc Luật Tố tụng thường không được quan tâm. Quy chuẩn ISO về an ninh thông tin, an ninh mạng, chế độ bảo mật hệ thống của công ty được chú trọng trong quá trình thu thập chứng cứ. Vì vậy, trong trường hợp phản ứng sự cố máy tính nếu chỉ xảy ra mức độ vi phạm quy định về an ninh hệ thống của công ty thì tự họ có thể giải quyết được, nhưng nếu xảy ra tình huống tranh chấp dân sự, hình sự thì phải cần đến các biện pháp thu thập chứng cứ trong các lĩnh vực cụ thể này.

2.2.4.2 Biện pháp thu thập chứng cứ điện tử trong lĩnh vực dân sự

Biện pháp thu thập chứng cứ điện tử trong lĩnh vực dân sự được tiến hành bởi các chủ thể tham gia tố tụng dân sự có nghĩa vụ chứng minh, trách nhiệm chứng minh và cơ quan tài phán cụ thể thụ lý vụ án dân sự. Với từng chủ thể có trách nhiệm và quyền hạn khác nhau theo luật quy định, đồng thời phải tuân thủ nguyên tắc của việc cung cấp chứng cứ và chứng minh trong tố tụng dân sự[30], trách nhiệm cung cấp tài liệu, chứng cứ của cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền[31]. Điều 97 Luật Tố tụng Dân sự năm 2015 về biện pháp thu thập chứng cứ, nhưng chỉ nêu chung chung, không

[30] Điều 6 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.
[31] Điều 7 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

chỉ rõ thực hiện như thế nào với biện pháp thu thập chứng cứ điện tử, hay dữ liệu điện tử là nguồn của chứng cứ, các chủ thể không biết phải thực hiện biện pháp này như thế nào. Đạo luật này công nhận dữ liệu điện tử là nguồn của chứng cứ. Tuy nhiên, luật không quy định ràng buộc trách nhiệm rõ ràng, đối với mối quan hệ giữa Tòa án và các tổ chức có quản lý, lưu trữ loại dữ liệu là nguồn của chứng cứ điện tử. Chính vì vậy, biện pháp thu thập chứng cứ điện tử trong lĩnh vực dân sự, nếu luật quy định như

---

hiện nay, thì không thể thu thập được. Hơn nữa, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 cũng không quy định những trình tự, thủ tục cho việc thu thập chứng cứ điện tử, phù hợp với từng loại chủ thể tham gia thu thập chứng cứ điện tử, nên việc tiến hành thu thập loại chứng cứ này, đối với các chủ thể tham gia tố tụng dân sự là việc làm không thể mang lại kết quả khả quan.

Căn cứ nguyên tắc thu thập chứng cứ điện tử được nêu trong Mục 2.2.3.1. Các nguyên tắc cơ bản của pháp luật tố tụng dân sự trên thế giới và kinh nghiệm cho Việt Nam (Lê Nguyên Gia Thiện & Lê Nguyên Gia Phúc, 2014). Nguyên tắc tố tụng dân sự của Pháp, nguyên tắc tự do định đoạt (Principle dispositif), do yêu cầu hợp lý của bên có nghĩa vụ chứng minh, Thẩm phán có thể yêu cầu hoặc ra lệnh các bên còn lại xuất trình tài liệu chứng cứ. Nguyên tắc sự cân bằng giữa nguyên tắc đối đầu và kiểm tra (*The Balance between Adversarial and Inquisitorial Principles*), Thẩm phán có quyền ra lệnh thực hiện bất kỳ biện pháp điều tra thích hợp nào về mặt pháp lý để thu thập chứng cứ (Martin Oudin, 2015), kể cả việc áp dụng biện pháp điều tra trong Luật Tố tụng Dân sự của Pháp quy định. Quy tắc 26 về khám phá trong Luật Tố tụng Dân sự Mỹ. Đề xuất bổ sung vào Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015 của Việt Nam một số biện pháp thu thập chứng cứ điện tử trong lĩnh vực dân sự đáp ứng các yêu cầu khách quan:

Một là, thu thập lời khai nhân chứng trực tuyến do Thẩm phán quyết định. Pháp luật phải quy định chặt chẽ, cụ thể về cách thức thực hiện, trình tự, thủ tục, công nghệ hợp lý kiểm chứng được bởi lẽ, hiện nay, các vụ kiện dân sự diễn ra không giới hạn về không gian, lãnh thổ quốc gia, việc giao tiếp làm việc qua video là chuyện bình thường hằng ngày của mọi người, công nghệ này đáng tin cậy, kiểm soát và lưu giữ được.

Hai là, việc lập vi bằng dữ liệu điện tử liên quan đến yêu cầu chứng minh sự kiện đã xảy ra có trong máy tính, hệ thống máy tính. Công việc này được thừa phát lại tiến hành theo luật định, có yêu cầu của người có nghĩa vụ chứng minh trong vụ án dân sự, được Tòa án cho phép. Vi bằng là chứng cứ được Tòa án chấp nhận khi đủ các tiêu

chí về yêu cầu pháp lý của chứng cứ điện tử được trình bày trong chương sau của đề tài này, Thừa phát lại phải ghi nhận đầy đủ thông tin của sự việc đang xảy ra.

Ba là, việc thu thập dữ liệu điện tử ở bên còn lại có liên quan đến nghĩa vụ chứng minh. Biện pháp này do người có nghĩa vụ chứng minh thực hiện theo nguyên tắc gặp gỡ trao đổi, thỏa thuận để chủ sở hữu dữ liệu cung cấp. Trong trường hợp không thể thỏa thuận được, xét thấy cần thiết bảo đảm tính công bằng trong vụ án, Thẩm phán ra quyết định tiến hành điều tra pháp y kỹ thuật số buộc giao nộp.

Bốn là, việc trưng cầu ý kiến chuyên gia khi có yêu cầu chính đáng. Khi cần thiết đánh giá chứng cứ điện tử, Thẩm phán hoặc các bên liên quan có quyền trưng cầu ý kiến chuyên gia tại phiên tòa. Thẩm phán Tòa án chủ trì việc đánh giá của chuyên gia, xác định năng lực, kiến thức, kỹ năng, trách nhiệm dân sự và phẩm chất đạo đức của chuyên gia.

Năm là, vận dụng các biện pháp pháp y kỹ thuật số vào việc thu thập chứng cứ điện tử trong dân sự. Pháp y kỹ thuật số trong dân sự là sự kết hợp của biện pháp điều tra dân sự của Thẩm phán, với việc ứng dụng công nghệ thông tin trong thu thập chứng cứ điện tử. Điều tra dân sự là các biện pháp như ghi lời khai nhân chứng, đối chất, thẩm định, giám định… tất cả những biện pháp được quy định trong Bộ luật Tố tụng Dân sự và các biện pháp đề xuất trên.

Sáu là, với từng biện pháp cần được quy định trình tự, thủ tục tiến hành, nhằm mục đích cơ quan tư pháp quản lý được tiến trình và sử dụng biện pháp tương xứng.

Các biện pháp này phải được thực hiện với các phương pháp nội dung và hình thức nêu ở phần trên, đồng thời phải được nghiên cứu chuyên đề riêng để chi tiết hóa và luật hóa mới có thể sử dụng được. Việc bổ sung các biện pháp trên, là đáp ứng yêu cầu khách quan của xã hội trong việc sử dụng chứng cứ điện tử để làm rõ, phán xét công bằng, minh bạch trong vụ kiện dân sự

2.2.4.3 Biện pháp thu thập chứng cứ điện tử trong lĩnh vực hình sự

Đây là lĩnh vực mà các quốc gia, cũng như hệ thống Thông luật, Dân luật đều rất quan tâm, nên luật được quy định tương đối đáp ứng được nhu cầu của xã hội. Có rất nhiều công trình nghiên cứu, bài viết về lĩnh vực này. Các biện pháp thu thập chứng cứ điện tử thường được sử dụng thông qua các biện pháp điều tra kỹ thuật số, hoặc pháp y kỹ thuật số. Luật tố tụng hình sự các nước trên thế giới nói chung và pháp luật Việt Nam nói riêng cũng quy định rất nhiều biện pháp có thể áp dụng cho việc thu thập chứng cứ điện tử. Tuy nhiên, cũng cần bổ sung một số biện pháp xét thấy cần thiết và phù hợp với nguyên tắc thu thập chứng cứ điện tử nêu phần trên của đề tài này và phù

hợp với pháp luật Việt Nam, đi đôi với biện pháp là trình tự, thủ tục, cần phải hoàn thiện, đáp ứng yêu cầu theo kịp tiến bộ của công nghệ đó là:

Biện pháp *khám xét, thu thập chứng cứ điện tử ở máy tính, thiết bị điện tử* có bộ nhớ lưu trữ dữ liệu điện tử, hoặc *khám xét, thu giữ dữ liệu điện tử ở hệ thống máy tính* đang hoạt động. Biện pháp này nhằm bảo đảm quyền cơ bản của con người, quyền riêng tư, hợp pháp hóa quá trình thu thập dữ liệu điện tử phục vụ an ninh công cộng, sẽ được làm rõ trong chương này phần dưới đây.

Biện pháp yêu cầu các nhà cung cấp dịch vụ, hoặc bên thứ ba *bảo tồn* dữ liệu điện tử phục vụ cho cuộc điều tra có dấu hiệu của hoạt động phạm tội. Biện pháp này nhằm bảo đảm được việc truy tìm kịp thời chứng cứ điện tử có hiệu quả phục vụ đấu tranh phòng chống tội phạm, đồng thời cũng đáp ứng được các yêu cầu quyền con người, lợi ích của doanh nghiệp.

Biện pháp *pháp y máy tính* là biện pháp phối hợp giữa nghiệp vụ điều tra và khoa học máy tính để thu thập chứng cứ điện tử (John Sammons, 2014).

Biện pháp *pháp y mạng máy tính* là sự kết hợp giữa biện pháp điều tra với việc sử dụng các kỹ thuật đã được khoa học chứng minh để thu thập, tổng hợp, xác định, kiểm tra, liên kết, phân tích và ghi lại chứng cứ điện tử từ nhiều nguồn. Chủ động xử lý các nguồn cung cấp dữ liệu điện tử, lưu lượng truyền tải nhằm mục đích khám phá ra các sự kiện liên quan đến mục đích dự định, hoặc đo lường các hoạt động trái phép làm gián đoạn, làm hỏng hoặc làm tổn hại các thành phần hệ thống. Đồng thời, cung cấp thông tin để phản ứng sự cố, hoặc phục hồi các hoạt động bình thường của hệ thống mạng (Joshi,R.C., & Pilli,E. S., Emmauel, S., 2016).

Biện pháp *pháp y thiết bị di động* là biện pháp kết hợp giữa nghiệp vụ điều tra của chủ thể tham gia tố tụng với khoa học thu hồi bằng chứng kỹ thuật số tiềm năng từ thiết bị di động (Mumba, E. R., & Venter, H. S., 2014).

Biện pháp *pháp y mạng xã hội* là biện pháp khai thác dữ liệu người dùng được lưu giữ ở nhà cung cấp dịch vụ, với phương pháp phân tích pháp y tự động dữ liệu người dùng để thu thập đưa ra được chứng cứ điện tử phục vụ yêu cầu điều tra đấu tranh phòng chống tội phạm (Mulazzani, M., Huber, M., & Weippl, E., 2012).

Chấp nhận chứng cứ của các loại *nhân chứng có kiến thức, nhân chứng chuyên môn, nhân chứng chuyên gia*. Nhân chứng có kiến thức, là người hiểu rõ chuyên môn của mình được phân công làm việc, trong quá trình đó họ có kiến thức sử dụng thành thạo ứng dụng công nghệ thông tin, phục vụ công việc chuyên môn của họ, ví dụ người làm kế toán sử dụng thành thạo phần mềm kế toán. Nhân chứng chuyên môn là người

có hiểu biết về lĩnh vực công nghệ thông tin mà họ trình bày theo yêu cầu của cơ quan tư pháp, ví dụ họ đang trình bày về thiết kế, quản trị hệ thống họ đang phụ trách, hoặc họ đã từng triển khai, vận hành hệ thống tương tự. Nhân chứng chuyên gia là người có hiểu biết sâu một lĩnh vực chuyên đề hẹp của công nghệ thông tin, họ là người có kiến thức tương xứng, trải nghiệm trong nghiên cứu, có kỹ năng trong thực hành, từng giải quyết các vấn đề chuyên sâu trên lĩnh vực được yêu cầu tham gia.

Các biện pháp trên là vấn đề cần sớm được luật hóa trong bối cảnh của tình hình tội phạm mạng hiện nay. Những biện pháp trên không chỉ là vấn đề của pháp lý mà còn là vấn đề của công nghệ, năng lực của con người hoạt động trong lĩnh vực pháp luật cần phải am hiểu nhiều vấn đề khác không chỉ có pháp luật là đủ. Đã đến lúc cần có sự giao thoa của nhiều kiến thức khoa học khác nhau cho một con người thực thi pháp luật.

2.3 Các nhân tố tác động đến quá trình thu thập chứng cứ điện tử

Thu thập chứng cứ điện tử ở tất cả các lĩnh vực, sử dụng bất kỳ phương pháp, biện pháp nào cũng phải có các tác nhân tác động đến quá trình này. Ở đây, chúng ta chỉ đề cập đến tác nhân có khuynh hướng xung đột, tạo ra thách thức đáng kể cho quá trình thu thập chứng cứ điện tử, tìm biện pháp khắc phục, hướng tới việc thu thập chứng cứ điện tử hiệu quả, nhưng vẫn bảo đảm lợi ích hợp pháp của các cá nhân và tổ chức có liên quan.

2.3.1 Quyền riêng tư

Quyền riêng tư được pháp luật bảo vệ[32], việc thu thập chứng cứ điện tử có xu hướng xung đột với quyền này. Nếu pháp luật không quy định rõ ràng chặt chẽ sẽ có 2 khuynh hướng xảy ra. *Một là*, xâm hại quyền riêng tư thô bạo, hay lợi dụng chức vụ, quyền hạn trong thi hành công vụ xâm hại quyền riêng tư để trục lợi. *Hai là*, thu thập chứng cứ điện tử không hiệu quả dẫn đến sai sót trong xử lý các tình huống pháp lý thiếu công bằng, không bảo đảm tính công minh của pháp luật, đặc biệt là trong các vụ án hình sự. Đối với các vụ tranh chấp dân sự, kinh tế các chủ thể có nghĩa vụ chứng minh, Thẩm phán thực hiện nhiệm vụ chứng minh gặp rất nhiều trở ngại, khó khăn trong việc thu thập chứng cứ điện tử để chứng minh, hầu như không thể thực hiện được theo pháp luật Việt Nam hiện hành.

[32] Điều 21 Hiến pháp năm 2013; Điều 12 của Tuyên ngôn Thế giới về Nhân quyền (Article 12 of the Universal Declaration of Human Rights - UDHR); Điều 17 của Công ước Quốc tế về các Quyền Dân sự và Chính trị (Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights - CCPR).

Trong thu thập chứng cứ điện tử có thể xâm phạm đến quyền riêng tư của người quản lý, sở hữu dữ liệu điện tử, đồng thời cũng rất thường xảy ra trường hợp xâm hại đến quyền riêng tư của những người khác không liên quan đến tình huống pháp lý. Trong hình sự, trước yêu cầu làm rõ tội phạm, phải chấp nhận xâm phạm sự riêng tư trong điều kiện cho phép của pháp luật, ví dụ khám xét nơi ở, nơi làm việc, thư tín…, trong trường hợp như thư tín dưới dạng thư điện tử, thì rất dễ xảy ra xâm phạm bí mật thư tín của người không có liên quan. Vì vậy, nghiên cứu cân bằng giữa yêu cầu xử lý tội phạm và bảo vệ quyền riêng tư, là yêu cầu cần thiết trong hoạt động thu thập chứng cứ điện tử. Trong các vụ án dân sự, thực chất là sự tranh chấp khế ước trong cuộc sống, và ở đây các chủ thể tranh chấp có thể thỏa thuận được, Tòa án chỉ cần tôn trọng sự thỏa thuận và bảo đảm công bằng là được. Nên sự tôn trọng quyền riêng tư trong lĩnh vực này có ý nghĩa cao hơn. Tuy nhiên, trong trường hợp cần thiết, Thẩm phán vẫn có quyền tiến hành điều tra hoặc buộc giao nộp chứng cứ theo quy định của pháp luật, có như vậy, Thẩm phán mới giải quyết được tính công bằng, các trường hợp đó là do yêu cầu chính đáng, hợp lý của bên có nghĩa vụ chứng minh, hay nhằm mục đích bảo đảm lẽ công bằng (Phùng Trung Tập, 2020). Nếu như vậy, trong trường hợp của

---

các vụ án dân sự khi thu thập chứng cứ điện tử cũng phải xung đột đến quyền riêng tư của các cá nhân, tổ chức là điều không thể tránh khỏi.

Tóm lại, yêu cầu giải quyết thỏa đáng sự cân bằng giữa thu thập chứng cứ điện tử có hiệu quả và bảo vệ quyền riêng tư là thật sự cần thiết. Muốn giải quyết được vấn đề này cho Tòa án, các cơ quan tài phán khác cần phải giải quyết thấu đáo và luật hóa một số vấn đề có liên quan sau:

Thứ nhất, định lượng, định tính biện pháp thu thập chứng cứ điện tử tương xứng với việc thiệt hại do xâm hại quyền riêng tư mà có. Xác định tính chất, hao phí có thể xảy ra khi quyết định các biện pháp phục vụ thu thập chứng cứ điện tử, ví dụ sao chép các gói tin trên đường truyền, khả năng hao phí cho việc kinh doanh của doanh nghiệp đến đâu, mức độ xâm hại đến quyền riêng tư cá nhân đến đâu, so với yêu cầu thu thập chứng cứ điện tử phục vụ chứng minh một tình huống pháp lý đã xảy ra có tương xứng không, nếu không tương xứng thì có nguồn lực xã hội, cá nhân bù đắp phần thua thiệt của doanh nghiệp không. Tất cả phải đo lường trước khi ra quyết định của cấp có thẩm quyền hay chủ thể thực hiện việc thu thập chứng cứ điện tử.

Thứ hai, phân loại mức độ quyền riêng tư trong thu thập chứng cứ điện tử, để có cách ứng phó với từng loại dữ liệu. Loại dữ liệu không có liên quan đến yêu cầu thu

thập chứng cứ điện tử thì không cần quan tâm vì không thu thập loại này. Loại dữ liệu có liên quan đến yêu cầu thu thập chứng cứ mà không có quyền riêng tư, sẽ được tiến hành thu thập trực tiếp. Loại dữ liệu có liên quan đến tình huống pháp lý cần được thu thập và có quyền riêng tư được thu thập chứng cứ điện tử qua các kỹ thuật được chọn lựa phục vụ bảo mật thông tin (Halboob, W., Mahmod, R., and Udzir, N. I., 2015).

Thứ ba, phát triển công cụ phục vụ yêu cầu thu thập chứng cứ điện tử đúng yêu cầu pháp lý, không tràn lan, không hao tổn nguồn lực, chi phí, bảo đảm yếu tố bảo vệ quyền riêng tư. Ví dụ như xây dựng quy trình công nghệ, giải pháp thỏa mãn các yêu cầu sau: (1) Đáp ứng yêu cầu bảo vệ quyền riêng tư – Chủ thể thu thập chứng cứ điện tử chỉ được tiếp cận và thu thập dữ liệu điện tử nguồn của chứng cứ điện tử có liên quan đến yêu cầu chứng minh của tình huống pháp lý. (2) Đáp ứng tính bảo mật trong yêu cầu điều tra - Người quản trị máy chủ, quản trị hệ thống chủ sở hữu hệ thống, thực hiện tìm kiếm không biết Điều tra viên đang tìm kiếm cái gì. (3) Tính nguyên vẹn và tính xác thực của dữ liệu cần được bảo đảm, vì đây là hai yêu cầu pháp lý của chứng cứ điện tử. (4) Các giải pháp phải đáp ứng yêu cầu hiệu quả công việc, hợp lý hao phí về thời gian và các nguồn lực khác. (5) Ngày càng có nhiều trường hợp liên quan đến nhiều vấn đề cần phải điều tra. Giải pháp phải có thể mở rộng để xử lý hiệu quả nhiều trường hợp cần điều tra xảy ra trong tương lai (Olivier Leroux, 2004).

Ở Thái Lan, việc giải quyết mối quan hệ giữa việc bảo vệ quyền riêng tư và thu thập chứng cứ điện tử đã được pháp luật nước này giải quyết tương đối hiệu quả thông qua các quy định của Đạo luật phòng chống mua bán người[33]. Quyền riêng tư của công dân được Hiến pháp Thái Lan bảo vệ nên việc điều tra các thông tin liên quan đến thông tin cá nhân hoặc thuộc quyền sở hữu của các đơn vị cung cấp dịch vụ như các công ty viễn thông, ngân hàng… bị coi là vi phạm pháp luật về quyền riêng tư (bao gồm cả việc kiểm tra thông tin cá nhân trong máy tính, thiết bị thông tin liên lạc, hoặc thông tin do con người tạo ra thông qua các phương tiện điện tử). Nếu chỉ dựa trên quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự của Thái Lan, thì không có đủ cơ sở pháp lý cho việc thu thập các chứng cứ điện tử có vai trò quan trọng trong việc phòng ngừa và trấn áp tội phạm mua bán người.

Thống nhất với cam kết của Thái Lan về việc tập trung giải quyết vấn nạn mua bán người khi tham gia ký kết Công ước của Liên Hợp Quốc về Phòng chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia năm 2000[34], Thái Lan đã triển khai áp dụng phương pháp

[33] The Anti-Trafficking in Persons Act B.E 2551 (2008)
[34] Công ước Palermo năm 2000

điều tra đặc biệt, bao gồm giám sát điện thoại và thu thập thông tin trao đổi qua thiết bị điện tử theo quy định của Đạo luật phòng chống mua bán người. Đạo luật này mở rộng phạm vi thông tin các cơ quan thực thi pháp luật được phép thu thập. Cụ thể, Đạo luật phòng chống mua bán người quy định các biện pháp đặc biệt mà các cơ quan thực thi pháp luật được phép áp dụng để thu thập tài liệu và thông tin trao đổi qua thư, điện tín, điện thoại và thông tin trao đổi qua thiết bị liên lạc điện tử trong phạm vi không giới hạn để dùng làm chứng cứ truy tố vụ án hình sự. Điều 30 của Đạo luật này quy định trong trường hợp có cơ sở hợp lý để tin rằng có bất kỳ tài liệu hoặc thông tin nào khác được gửi qua đường bưu điện, điện tín, điện thoại, fax, máy tính, thiết bị thông tin liên lạc, phương tiện điện tử hoặc phương tiện công nghệ thông tin, đã được sử dụng hoặc có thể đã được sử dụng để thực hiện hành vi phạm tội mua bán người, thì cán bộ có thẩm quyền, với sự chấp thuận bằng văn bản của Tư lệnh Cảnh sát Hoàng gia Thái Lan, Cục trưởng Cục Điều tra đặc biệt (thuộc Bộ Tư pháp), hoặc Tỉnh trưởng (tùy từng trường hợp cụ thể) có thể gửi đơn yêu cầu Tòa án Hình sự hoặc Tòa án cấp tỉnh có thẩm quyền ra lệnh cho phép cán bộ có thẩm quyền đó được tiếp cận tài liệu hoặc thông tin đó; quá trình tiếp cận tài liệu hoặc thông tin phải đảm bảo phù hợp với các tiêu chí và thủ tục được quy định trong Quy chế do Chánh án Toà án Tối cao ban hành. Khi xem xét việc ra lệnh cho phép thu thập thông tin hoặc tài liệu, Toà án phải cân nhắc đến ảnh hưởng của việc ra lệnh cho phép tiếp cận thông tin hoặc tài liệu đến các quyền cá nhân hoặc bất kỳ quyền nào khác dựa trên các căn cứ sau đây: *(1) Có cơ*

---

sở hợp lý để tin rằng hành vi phạm tội mua bán người đã được thực hiện hoặc sắp được thực hiện; (2) có cơ sở hợp lý để tin rằng việc tiếp cận thông tin sẽ dẫn đến việc thu thập được thông tin về hành vi phạm tội mua bán người; (3) không có phương pháp nào khác phù hợp hoặc hiệu quả hơn. Lệnh cho phép tiếp cận thông tin do Tòa án ban hành có thời hạn không quá 90 ngày, có thể được ban hành trên cơ sở có điều kiện hoặc không có điều kiện. Người có liên quan đến tài liệu hoặc thông tin nêu trong lệnh cho phép tiếp cận tài liệu hoặc thông tin có nghĩa vụ hợp tác với cơ quan thực thi pháp luật nhằm đảm bảo tuân thủ với các quy định trong Điều này. Sau khi lệnh cho phép tiếp cận tài liệu hoặc thông tin đã được ban hành, nếu xét thấy căn cứ về sự cần thiết phải tiếp cận tài liệu hoặc thông tin không đúng như đã nêu trong đơn yêu cầu hoặc tình hình đã thay đổi, Tòa án có quyền điều chỉnh lệnh cho phép tiếp cận tài liệu hoặc thông tin. Trong quá trình thi hành lệnh của Tòa án, cán bộ có thẩm quyền có thể

yêu cầu sự hỗ trợ từ bất cứ người nào để thực hiện nhiệm vụ. Cán bộ có thẩm quyền phải lập biên bản chi tiết trình Tòa án ra lệnh cho phép thu thập tài liệu hoặc thông tin ngay sau khi hoàn thành nhiệm vụ theo lệnh cho phép thu thập tài liệu hoặc thông tin.

Điều khoản trên đây có vai trò quan trọng đối với công tác phòng, chống tội phạm mua bán người bởi tội phạm này thường được thực hiện bởi các nhóm tội phạm có tổ chức, bất kể phạm vi hoạt động là trong lãnh thổ quốc gia hay xuyên quốc gia. Bên cạnh đó, tiến bộ về công nghệ và các vấn đề về hậu cần, dịch vụ phụ trợ khiến việc thông tin liên lạc của các nhóm tội phạm này ngày càng thuận tiện đã khiến việc bắt giữ và truy tố đối tượng mua bán người và các đối tượng có liên quan trong đường dây mua bán người trở nên khó khăn hơn. Tội phạm trên khắp thế giới, bao gồm cả tội phạm mua bán người đều liên lạc thông qua thiết bị điện tử, có thể là máy tính, máy nhắn tin hay điện thoại di động. Nhờ công nghệ thông tin liên lạc hiện đại, đối tượng mua bán người và các đối tượng khác trong đường dây mua bán người không còn phải tiếp xúc trực tiếp để trao đổi thông tin. Mặt khác, nhờ công nghệ hiện đại, đối tượng mua bán người có thể dễ dàng tẩu thoát và xoá thông tin sau khi đã hoàn thành hành vi phạm tội. Hơn nữa, một số thông tin có thể dễ dàng bị mất đi sau khi đã liên lạc xong bởi dữ liệu điện tử hầu như không để lại dấu vết về hành vi phạm tội. Việc thông tin liên lạc qua thiết bị điện tử rất phổ biến đối với các loại hình tội phạm như bóc lột mại dâm, sản xuất và truyền bá văn hoá phẩm khiêu dâm nhằm mục đích quảng cáo hoặc thông tin về hoạt động mại dâm, khiêu dâm trá hình. Hiện nay, Thái Lan vẫn chưa kiểm soát được toàn bộ các nội dung truyền thông hay quảng cáo trên phương tiện điện tử, do đó các hoạt động tình dục liên quan đến tội phạm mua bán người vẫn được quảng cáo công khai. Trước tình hình này, việc theo dõi, giám sát các phương tiện điện tử có vai trò quan trọng thiết yếu đối với công tác phòng, chống mua bán người.

Ngoài ra, các cán bộ thực thi pháp luật có thể áp dụng các biện pháp đặc biệt để theo dõi, giám sát thiết bị điện tử để xác định trước các kế hoạch thực hiện hành vi phạm tội của đối tượng mua bán người. Các biện pháp đặc biệt này là công cụ quan trọng để các cán bộ thực thi pháp luật thu thập chứng cứ làm cơ sở bắt giữ và truy tố đối tượng mua bán người một cách hiệu quả. Như đã trình bày, thiết bị điện tử là phương tiện thông tin liên lạc phổ biến dùng để thực hiện hành vi phạm tội mua bán người. Nói cách khác, thiết bị điện tử là nguồn thông tin quan trọng, qua đó thông tin được lưu trữ và trao đổi dưới nhiều hình thức khác nhau. Nếu cơ quan thực thi pháp luật có thể tiếp cận các thông tin này thì có thể sử dụng làm chứng cứ chứng minh hành vi phạm tội của đối tượng mua bán người. Để tiến hành điều tra tội phạm mua bán người, cán bộ thực

thi pháp luật phải có quyền truy cập và theo dõi thông tin bằng phương pháp hiện đại. Do đó, Đạo luật phòng chống mua bán người trao quyền này cho các cán bộ thực thi pháp luật để họ được tiếp cận các thông tin đã được sử dụng hoặc có thể sẽ được sử dụng để thực hiện hành vi phạm tội. Quy định này tạo điều kiện cho các cán bộ thực thi pháp luật được sử dụng công nghệ hiện đại để phòng, chống tội phạm trong bối cảnh đối tượng phạm tội sử dụng công nghệ hiện đại để thực hiện hành vi phạm tội (Thapana Bhasathiti Sanyabutra, 2021).

2.3.2 Quyền sở hữu dữ liệu điện tử

Quyền sở hữu dữ liệu điện tử là một loại khái niệm mới, khi chỉ là dữ liệu thô không có tình huống liên quan, thì nó không có giá trị vì không có giá trị sử dụng, khi dữ liệu điện tử thể hiện chi tiết, liên quan đến tình huống giao dịch nào đó thì có giá trị sử dụng và từ đó có giá trị, như vậy sẽ có quyền sở hữu dữ liệu xuất hiện. Tuy nhiên, quyền sở hữu dữ liệu còn nhiều ý kiến tranh luận, có nơi thì cho rằng không có quyền sở hữu dữ liệu, có quan niệm đồng nhất quyền sở hữu dữ liệu với bảo vệ thông tin dữ liệu cá nhân, hay quyền riêng tư. Đã có nhà nghiên cứu xây dựng khái niệm quyền sở hữu dữ liệu *Dữ liệu của tác giả*, theo nghĩa chặt chẽ của nó, chỉ bao gồm các thuộc tính cá nhân của chúng ta, không khác hơn. Đây là dữ liệu mà tác giả sở hữu. Tác giả sử dụng *Dữ liệu của tác giả* làm thông tin để xác định bản thân vì lợi ích cá nhân của tác giả, cho dù về thể chất, logic hay tình cảm. Do đó, *Dữ liệu của tác giả* ở trạng thái mở và được chia sẻ ngầm hoặc rõ ràng. Khi tác giả chia sẻ dữ liệu, tác giả ủy quyền quyền sở hữu. Do đó, dữ liệu của tác giả có nhiều chủ sở hữu và số lượng chủ sở hữu tăng lên theo mỗi lượt chia sẻ (Al-khouri, A. M., 2012).

Có các dạng chia sẻ quyền sở hữu dữ liệu: *Tình nguyện*, khi họ chia sẻ rõ ràng thông tin về bản thân thông qua các phương tiện điện tử, ví dụ, khi ai đó tạo hồ sơ mạng xã hội hoặc nhập thông tin thẻ tín dụng để mua hàng trực tuyến. Khi dữ liệu cá nhân của họ được *quan sát* bị thu thập bằng cách ghi lại các hoạt động của người dùng, ví dụ tùy chọn trình duyệt Internet, dữ liệu vị trí khi sử dụng điện thoại di động hoặc hành vi sử dụng điện thoại. Các tổ chức cung cấp dịch vụ trực tuyến cũng có thể sử dụng dữ liệu *suy luận* từ các cá nhân, dựa trên việc phân tích dữ liệu cá nhân. Ví dụ: việc xem phim trực tuyến dựa trên một số yếu tố liên quan đến lịch sử xem phim của một cá nhân từ đó họ suy luận ra sở thích các nhân. Pháp luật các nước tạo ra các quyền cụ thể để bảo vệ thông tin cá nhân xem như thực hiện một số quyền của quyền sở hữu, không thể chuyển nhượng và không thể giao dịch cho các cá nhân bao gồm: (1) Cấm xử lý dữ liệu mà không có cơ sở pháp lý; (2) cấm sử dụng dữ liệu cá nhân cho

các mục đích khác mà ban đầu đã thu thập; (3) quyền đối với chủ thể dữ liệu được truy cập và trích xuất dữ liệu cá nhân của mình; (4) quyền được lãng quên (Bạch Thị Nhã Nam, 2020).

Luật Công nghệ thông tin của Việt Nam cũng xác định bảo mật thông tin cá nhân có nội dung tương đồng[35] với pháp luật các nước. Pháp luật các quốc gia chưa công nhận quyền sở hữu dữ liệu, khuôn khổ pháp lý cho quyền sở hữu, truy cập và thương mại dữ liệu vẫn chưa hoàn thiện và thường không rõ ràng, cả đối với dữ liệu thương mại của doanh nghiệp và dữ liệu cá nhân của cá nhân. Việc quyền sở hữu dữ liệu cá nhân không được luật công nhận, không ngăn cản sự xuất hiện của quyền sở hữu trên thực tế.

Rõ ràng trên thực tế quyền sở hữu dữ liệu đã tạo áp lực cho quá trình thu thập chứng cứ điện tử. Nó đòi hỏi phải có yêu cầu pháp lý cần thiết cho quá trình thu thập. Trong lĩnh vực hình sự thì pháp luật can thiệp được, nhưng trong lĩnh vực dân sự chủ thể tham gia tố tụng sẽ gặp khó khăn rất lớn khi thu thập dữ liệu điện tử loại này, nhất là đối với Luật sư, bên có nghĩa vụ chứng minh, không có ràng buộc pháp lý để chủ sở hữu cung cấp chứng cứ điện tử cho các chủ thể, nếu có thì khi thu thập cũng cần phải có cơ chế cho thích hợp, nếu không rất dễ rơi vào vi phạm yếu tố bảo vệ thông tin cá nhân theo luật định.

2.3.3 Nghĩa vụ cung cấp chứng cứ điện tử của bên thứ ba

Nghĩa vụ cung cấp chứng cứ điện tử của bên thứ ba, là việc các tổ chức, cá nhân thực hiện yêu cầu cung cấp chứng cứ điện tử của các chủ thể tham gia tố tụng. Bên thứ ba là các tổ chức, cá nhân thuộc cơ quan nhà nước, nhà cung cấp dịch vụ
Internet, viễn thông, ứng dụng mạng máy tính, mạng xã hội, doanh nghiệp cung cấp dịch vụ ứng dụng công nghệ thông tin phục vụ đời sống sinh hoạt hằng ngày như ngân hàng, bảo hiểm, y tế, giao thông, điện lực… nhà cung cấp các dịch vụ gia tăng, hệ thống dân dụng.

Phần này chúng ta sẽ nghiên cứu vấn đề ở hai góc nhìn, phía chủ thể tham gia tố tụng có nhu cầu thu thập chứng cứ điện tử ở bên thứ ba, góc nhìn thứ 2 là việc thực thi vấn đề này của cá nhân, tổ chức bên thứ ba có nghĩa vụ cung cấp chứng cứ điện tử. Đồng thời, chúng ta cũng đề xuất giải pháp thực hiện đạt yêu cầu đề ra, trên cả hai lĩnh

[35] Khoản 1 Điều 21 Luật Công nghệ thông tin năm 2006.

vực, thu thập chứng cứ điện tử phục vụ vụ kiện dân sự, vụ án hình sự, nhưng cũng phải bảo đảm quyền tự do kinh doanh, lợi ích của bên thứ ba.

Pháp luật Việt Nam trong lĩnh vực dân sự, quy định trách nhiệm cung cấp tài liệu, chứng cứ của cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền[36]. Nêu trách nhiệm đối với cơ quan nhà nước, cá nhân là cán bộ, công chức, viên chức nhà nước, chưa bao quát được các thành phần trong xã hội có liên quan đến nghĩa vụ cung cấp chứng cứ. Hay yêu cầu cơ quan, tổ chức, cá nhân cung cấp tài liệu, chứng cứ[37]. Quy định quyền của đương sự được yêu cầu cơ quan, tổ chức, cá nhân cung cấp tài liệu, chứng cứ. Trách nhiệm của Tòa án, Viện kiểm sát khi đương sự không thực hiện được yêu cầu của mình. Đồng thời cũng quy định trách nhiệm cá nhân, tổ chức được yêu cầu cung cấp chứng cứ. Việc xử lý trách nhiệm của cơ quan, tổ chức, cá nhân không cung cấp tài liệu chứng cứ được quy định trong Khoản 3, Điều 106 và Điều 495 Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015 cho thấy không nhất quán, trùng lặp, không nghiêm minh thể hiện sự không rõ ràng, dứt khoát của pháp luật. Không nói rõ về mức phạt hành chính, truy cứu trách nhiệm hình sự theo điều nào, khoản nào của Bộ luật Hình sự. Tóm tại, việc yêu cầu cơ quan, tổ chức, cá nhân cung cấp tài liệu, chứng cứ truyền thống được thực hiện theo các Điều 7, 106, 495 Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015. Nhưng thực tiễn thực hiện còn gặp rất nhiều khó khăn, do luật quy định không rõ ràng về quyền của đương sự, người bảo vệ, uỷ quyền, đại diện của đương sự có quyền yêu cầu đến đâu trong việc thực hiện các điều này. Trách nhiệm, nghĩa vụ của các cơ quan, tổ chức, cá nhân cụ thể ra sao, không rõ ràng về chế tài xử lý cho cả chủ thể yêu cầu cung cấp, và chủ thể cung cấp. Yêu cầu cung cấp chứng cứ truyền thống đã có luật quy định vẫn còn gặp rất nhiều khó khăn trong yêu cầu cung cấp và cung cấp chứng cứ (Nguyễn Thị Thu Sương, 2021). Luật Dân sự Việt Nam chưa có quy định về việc cung cấp chứng cứ điện tử. Ngoài yêu cầu pháp lý, chứng cứ điện tử còn có yêu cầu bảo đảm công nghệ, nhằm đáp ứng tính nguyên vẹn của dữ liệu, tính kiểm tra được, nên thiết nghĩ việc cung cấp chứng cứ điện tử cần được pháp luật quan tâm xây dựng chế định chặt chẽ, thiết thực, trình tự, thủ tục rõ ràng, từ đó việc thực thi sẽ có hiệu quả hơn.

Lĩnh vực hình sự, luật cũng cho phép các chủ thể tham gia tố tụng yêu cầu cơ quan, tổ chức, cá nhân cung cấp chứng cứ, tài liệu, đồ vật, dữ liệu điện tử, trình bày

[36] Điều 7 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.
[37] Điều 106 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

những tình tiết làm sáng tỏ vụ án[38]. Đồng thời, xử lý cưỡng chế hành chính, phạt tiền, truy cứu trách nhiệm hình sự với các hành vi làm giả, hủy hoại, khai báo gian dối hoặc cung cấp tài liệu sai sự thật; từ chối khai báo hoặc từ chối cung cấp tài liệu, đồ vật; kết luận giám định gian dối không khách quan[39]. Quy định này rất chung chung trong trường hợp thu thập chứng cứ điện tử, chưa thể hiện được yêu cầu kịp thời, chính xác, khách quan trong hoạt động tố tụng hình sự bởi lẽ, chứng cứ điện tử rất dễ bị hủy hoại mà không để lại dấu vết, rất dễ sửa đổi không thể phát hiện được. Hình thức chế tài trong trường hợp này không nêu cụ thể đối với chứng cứ điện tử, xử lý không rõ ràng, không mang tính răn đe, nghiêm khắc buộc các tổ chức, cơ quan, cá nhân phải giao nộp chứng cứ điện tử, cho dù bất kỳ chủ thể tham gia tố tụng đó là ai, chủ thể yêu cầu giao nộp cũng phải có trách nhiệm nghiêm túc trước pháp luật về yêu cầu của mình.

Luật An ninh mạng năm 2018 mục đích bảo đảm an ninh quốc gia và trật tự an toàn xã hội trên không gian mạng[40], xem thu thập dữ liệu điện tử liên quan đến hoạt động xâm phạm an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân trên không gian mạng, là biện pháp an ninh mạng[41]. Doanh nghiệp trong nước và ngoài nước cung cấp dịch vụ trên mạng viễn thông, mạng Internet, các dịch vụ gia tăng trên không gian mạng tại Việt Nam có trách nhiệm xác thực thông tin khi người dùng đăng ký tài khoản số, cung cấp thông tin người dùng cho lực lượng chuyên trách bảo vệ an ninh mạng thuộc Bộ Công an khi có yêu cầu bằng văn bản để phục vụ điều tra, xử lý hành vi vi phạm pháp luật về an ninh mạng[42]. Loại doanh nghiệp này phải lưu trữ dữ liệu tại Việt Nam trong thời gian theo quy định của Chính phủ, đồng thời, phải đặt chi nhánh hoặc văn phòng đại diện tại Việt Nam[49].

Quy định về thu thập dữ liệu điện tử của Luật An ninh mạng năm 2018 dường như chặt chẽ, nghiêm túc, nhưng sự thật không khả thi, không có tính hiện thực. Xem thu thập dữ liệu điện tử là biện pháp an ninh mạng là không cần thiết, vì trong tố tụng dân sự, hình sự, cạnh tranh đều có biện pháp này, một sự trùng lắp không cần thiết và không đúng với bản chất của vấn đề. Bởi lẽ, Luật An ninh mạng là công cụ pháp luật nhằm thúc đẩy tính bảo mật, tính toàn vẹn, tính sẵn có của thông tin, hệ thống, mạng

---

[38] Khoản 1, 2 Điều 88 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021).

[39] Khoản 1, 2, 3, 4 Điều 466 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021).

[40] Không gian mạng là một miền toàn cầu trong môi trường thông tin có tính chất đặc biệt và duy nhất được đóng khung bằng việc sử dụng điện tử và phổ điện từ để tạo, lưu trữ, trao đổi và khai thác thông tin thông qua các mạng phụ thuộc và kết nối với nhau sử dụng công nghệ thông tin - truyền thông (Kramer, F.D., 2013).

[41] Điều 5 Luật An ninh mạng năm 2018.

[42] Khoản 2 Điều 26 Luật An ninh mạng năm 2018. [49]

Khoản 3 Điều 26 Luật An ninh mạng năm 2018.

công cộng và riêng tư, thông qua việc sử dụng các quy định khuyến khích hướng tới tương lai, với mục tiêu bảo vệ quyền và sự riêng tư của cá nhân, lợi ích kinh tế, an ninh quốc gia (Kosseff, J., 2017). Việc xác thực thông tin người dùng khi đăng ký tài

---

khoản số là cần thiết, nhưng chính phủ phải cung cấp hạ tầng kỹ thuật cho việc làm này ví dụ như cơ sở dữ liệu dân cư. Việc lưu trữ dữ liệu cần phải nêu rõ lưu trữ dữ liệu loại gì, trong thời gian bao lâu, không thể có công ty nào lưu trữ tất cả dữ liệu, làm như vậy là không khả thi, gây tốn kém không chính đáng, có cần thiết phải lưu trữ dữ liệu tại Việt Nam không, điều này không cần thiết vì công nghệ hiện nay là không biên giới, vấn đề quốc gia có đủ năng lực công nghệ, nhân lực để kiểm tra, giám sát việc thực thi pháp luật của các công ty loại này hay không, cũng không cần phải có văn phòng đại diện, vấn đề là các văn bản hợp tác tôn trọng pháp luật quốc gia và quốc tế. Việc lưu trữ dữ liệu nào, bao lâu, lưu trữ như thế nào là mâu thuẫn lớn nhất trong việc bảo đảm an ninh công cộng và lợi ích kinh tế của doanh nghiệp. Tuy nhiên, quy định của Luật An ninh mạng năm 2018 không giải quyết được mâu thuẫn này, không có khả năng giám sát thực thi, mà còn gây lãng phí cho lợi ích kinh tế của xã hội, không có lợi cho việc tự do kinh doanh và cũng không phục vụ tốt cho an ninh công cộng. Đồng thời, đạo luật này cũng không có chế tài cho việc không cung cấp dữ liệu điện tử phục vụ an ninh công cộng.

Trong thu thập chứng cứ điện tử, việc yêu cầu bên thứ ba cung cấp chứng cứ điện tử là việc làm cần thiết, rất quan trọng trong chứng minh các sự kiện pháp lý của vụ án hình sự, dân sự và các lĩnh vực khác. Vấn đề đặt ra, quy định pháp luật tạo điều kiện bình đẳng, công bằng, thực hiện được, cho tất cả các chủ thể thực thi quyền yêu cầu cung cấp chứng cứ điện tử, đồng thời cũng phải bảo vệ được quyền tự do kinh doanh của các doanh nghiệp, chi phí hợp lý cho việc cung cấp chứng cứ điện tử. Muốn đạt được điều đó pháp luật cần quy định rõ các vấn đề sau:

Một là, khi các doanh nghiệp, cá nhân, hay tổ chức nhà nước muốn kinh doanh, hoạt động trên lĩnh vực công nghệ thông tin, phải tiến hành đăng ký quy trình công nghệ, quy định tiêu chuẩn kỹ thuật với cơ quan quản lý nhà nước, ngoài các yêu cầu khác, bắt buộc phải có yêu cầu đăng ký về nội dung, phương cách, công nghệ tạo, sao chép, lưu trữ, xử lý, truyền dẫn dữ liệu điện tử của công việc định kinh doanh, hay định triển khai thực hiện. Trên cơ sở đó cơ quan chức năng của nhà nước tiến hành quản lý công việc này. Tổ chức, cá nhân tự do lựa chọn công nghệ, quy trình, phương pháp thực hiện, tôn trọng quyền tự do của mọi công dân, tổ chức, nhưng phải đăng ký với cơ

quan có chức năng quản lý nhà nước, và phải thực hiện đúng với những gì đã đăng ký với cơ quan hữu quan.

Hai là, chủ thể tham gia tố tụng có nghĩa vụ, trách nhiệm chứng minh sự kiện pháp lý đã xảy ra trong vụ kiện dân sự, vụ án hình sự, có quyền yêu cầu các cơ quan hoạt động tố tụng có thẩm quyền, cho phép thực hiện các biện pháp yêu cầu bên thứ ba bảo tồn dữ liệu điện tử trong một thời hạn nhất định, phục vụ cho yêu cầu truy xuất khi đủ điều kiện hoặc cung cấp dữ liệu điện tử (Jarrett, H. M., & Bailie, M. W., 2003). Khi nhận được yêu cầu, các cơ quan tố tụng có thẩm quyền xem xét, nếu yêu cầu hợp lý, hợp pháp, và các chủ thể phải chứng tỏ có năng lực thực hiện được công việc này, thì ra quyết định cho phép thực hiện.

Ba là, quy định hình thức xử lý rõ ràng, nghiêm khắc trong trường hợp lợi dụng quyền yêu cầu bảo tồn, cung cấp chứng cứ điện tử vì mục đích tư lợi, cá nhân, ảnh hưởng đến lợi ích hợp pháp về tinh thần lẫn vật chất của cá nhân, tổ chức khác. Đồng thời cũng phải có hình thức chế tài rõ ràng, nghiêm khắc với tất cả hành vi tiết lộ, gian dối, hoặc thiếu trách nhiệm trong việc cung cấp chứng cứ điện tử của bên thứ ba.

Ở đây chỉ nêu những vấn đề tổng quát nhất mang tính đề xuất định hướng, tất cả biện pháp này cần được luật hóa rõ ràng, cụ thể mới có thể thực hiện được. Chúng ta cũng phải lưu ý, đối với thu thập chứng cứ điện tử, ngoài việc luật hóa biện pháp thực hiện, cũng cần phải có luật hóa công nghệ cho phép, và năng lực của chủ thể tham gia thực hiện, có như vậy luật mới đi vào thực tiễn cuộc sống được.

2.3.4 Thu thập chứng cứ điện tử trong bối cảnh toàn cầu hóa

Một tác nhân không kém phần quan trọng đó là bối cảnh toàn cầu hóa. Trên nền tảng không gian mạng, dữ liệu điện tử có thể được lưu trữ bất cứ đâu trên thế giới. Ví dụ tác giả ở Việt Nam, mua hàng trực tuyến trên một trang web có địa chỉ đăng ký là của một công ty ở Singapore, khi đăng nhập vào tác giả phải khai báo thông tin cá nhân, sau đó thực hiện các hành vi khác để mua hàng. Tất cả dữ liệu điện tử đó được trang web này ghi nhận, lưu trữ vào cơ sở dữ liệu có thể được đặt một nơi nào đó trên thế giới này, chưa hẳn là ở Singapore. Khi việc mua hàng trực tuyến của tác giả có dấu hiệu vi phạm pháp luật, hoặc xâm hại lợi ích người khác bị khởi kiện, hay cơ quan tiến hành điều tra, cần thu thập chứng cứ điện tử thì ngoài những yếu tố khác, yếu tố chủ quyền quốc gia, và tiêu chuẩn công nghệ là tác nhân quan trọng ảnh hưởng đến việc thu thập chứng cứ điện tử trong bối cảnh toàn cầu hóa.

2.3.4.1 Chủ quyền quốc gia là rào cản quan trọng

Bất kỳ hành động nào xâm nhập không gian mạng bất hợp pháp, được xem là hành động thù địch và được đáp trả tương xứng (Obama, B., 2011). Các quốc gia trên thế giới xem không gian mạng là vùng lãnh thổ, ở đó họ thực hiện chủ quyền quốc gia. Đây là một khái niệm mới, do tính chất phức tạp và ảo của không gian mạng, nên việc xác định chủ quyền quốc gia để quyết định yêu cầu hỗ trợ tư pháp là khó khăn và phức tạp (Nguyễn Hoàng Thanh & Trần Thị Hoa, 2018). Hơn thế nữa tính chất kinh doanh, giao tiếp của cá nhân, tổ chức là xuyên biên giới, đa quốc gia. Chính vì vậy, khi thu thập dữ liệu điện tử phải xem xét đến yếu tố chủ quyền quốc gia.

Trước yêu cầu đấu tranh chống tội phạm trên không gian mạng phạm vi toàn cầu, Công ước về tội phạm mạng (Công ước Budapest) đã ra đời. Với hy vọng, các quốc gia phối hợp chống tội phạm trên không gian mạng một cách hữu hiệu, giải quyết một cách có hiệu quả rào cản của chủ quyền quốc gia. Công ước quy định điều chỉnh các hành vi tội phạm mạng cụ thể, quy định các thủ tục tố tụng để các thành viên tham gia công ước thực hiện, phục vụ cho việc đấu tranh tội phạm. Điều 16, 17 Công ước cũng quy định cách thức bảo tồn, lưu trữ, truy xuất dữ liệu động, Điều 18 quy định hợp tác cung cấp dữ liệu điện tử ra ngoài lãnh thổ quốc gia, Điều 19 quy định hợp tác tìm kiếm và thu thập dữ liệu điện tử phục vụ yêu cầu của quốc gia thành viên có tham gia công ước. Tuy vậy, vẫn còn những thách thức đáng kể làm hạn chế việc hợp tác quốc tế đó là:

Thứ nhất, Công ước muốn bao quát điều chỉnh một cách toàn diện các loại tội phạm trên không gian mạng, nhưng thực tế thì không thể được, bởi lẽ, tội phạm xuất phát từ xã hội, từng vùng, miền, quốc gia có quan hệ xã hội, văn hóa khác nhau, yêu cầu và quy định của pháp luật hình sự của các quốc gia cũng khác biệt. *Thứ hai*, việc bảo vệ quyền con người, từng quốc gia cũng có mức độ, quan điểm khác nhau. Việc thu thập dữ liệu cá nhân cũng có những quan điểm khác biệt. Cách thức luật lệ quy định bảo vệ quyền riêng tư trên không gian mạng cũng khác nhau trên từng quốc gia. Việc quản lý luồng chảy dữ liệu trên không gian mạng cũng khác nhau. *Thứ ba*, mặc dù được một phần tư quốc gia trên thế giới tham gia công ước, phần còn lại đông đảo các quốc gia chưa tham gia công ước này, lý do công ước cho phép các nhà điều tra truy cập dữ liệu máy tính, là vi phạm chủ quyền quốc gia, nên nó chưa thể thực hiện được sự phối hợp hiệu quả toàn cầu (Clough, J., 2014). Việt Nam chưa tham gia Công ước Budapest, một Công ước mới đang được Nga và Trung Quốc chủ trì dự thảo.

Về mặt dân sự, chưa có sự hợp tác quốc tế về thu thập chứng cứ điện tử. Hợp tác về thu thập chứng cứ thì có Công ước La Haye (Phan Hoài Nam, 2021). Tại

chương 1 và 2 của Công ước quy định hai phương thức thu thập chứng cứ, thu thập chứng cứ bằng cách gửi văn bản yêu cầu và thu thập chứng cứ bởi viên chức ngoại giao, viên chức lãnh sự hoặc người được bổ nhiệm, ủy quyền. Thu thập chứng cứ chỉ được thực hiện thuộc thẩm quyền của Tòa án đối với các vụ việc Tòa án đang thụ lý, và chỉ trên lĩnh vực dân sự hoặc thương mại. Công ước cũng quy định chặt chẽ về mặt thủ tục yêu cầu, cũng như thực hiện yêu cầu. Bên yêu cầu phải trả chi phí cho bên thực hiện yêu cầu nếu có. Tuy nhiên, Công ước chưa mang tính chế tài cao, phạm vi áp dụng lĩnh vực của dân sự, thương mại không được quy định cụ thể trong công ước và việc giải thích thế nào là dân sự, thương mại không phục thuộc vào pháp luật của nước yêu cầu, mà phụ thuộc vào nước thực hiện yêu cầu thu thập chứng cứ, nên dễ phát sinh mâu thuẫn vì quan điểm khác nhau về vấn đề này (Phan Hoài Nam, 2016).

Với công ước thu thập chứng cứ trong lĩnh vực dân sự, thương mại, hoàn toàn có thể vận dụng để thu thập chứng cứ điện tử trong lĩnh vực này, với các điều kiện quy định chặt chẽ về yêu cầu pháp lý, yêu cầu công nghệ, yêu cầu năng lực của người trực tiếp thu thập chứng cứ điện tử. Điều quan trọng là tạo cơ chế kiểm tra được tính pháp lý, đáp ứng yêu cầu công nghệ, trong quá trình sử dụng chứng cứ. Thực tế Công ước La Haye cũng đã được Hội nghị La Haye năm 2020, hướng dẫn thu thập chứng cứ là lời khai nhân chứng qua video, một loại hình của chứng cứ điện tử nhưng chỉ giới hạn trong việc thu thập nhân chứng, hay lời trình bày của chuyên gia và lệ thuộc vào pháp luật của bên cung cấp chứng cứ.

Tóm lại, thu thập chứng cứ điện tử xuyên biên giới, trong tất cả các lĩnh vực cần phải có cơ chế hợp tác chặt chẽ hơn nữa, đòi hỏi pháp luật các quốc gia có tính chất tương đồng, rào cản về chủ quyền quốc gia là khó vượt qua, các quốc gia phải thấy được, cung cấp chứng cứ điện tử là yêu cầu thiết thực của việc thực thi pháp luật, bảo đảm đối xử công bằng cho mọi công dân trên thế giới. Muốn đạt được sự hợp tác quốc tế hữu hiệu trong bối cảnh toàn cầu hóa, nhằm đấu tranh có hiệu quả với loại tội phạm trên không gian mạng, giải quyết công bằng các vấn đề tranh chấp dân sự, thương mại, các quốc gia cần phải hợp tác chặt chẽ hơn nữa trong lĩnh vực thu thập, cung cấp chứng cứ điện tử. Không có khó khăn nào mà loài người không thể vượt qua được, hợp tác chặt chẽ vẫn bảo đảm được chủ quyền quốc gia, thì phải dựa vào phương thức hợp tác, yêu cầu về năng lực công nghệ, năng lực của chủ thể thực thi pháp luật. Ngoài việc xây dựng cơ chế hợp tác phải đi kèm với chuẩn công nghệ, và những yêu cầu khác cũng cần phải có sự thoả hiệp để có được chuẩn hóa quốc tế, có như vậy, sự hợp tác thu thập chứng cứ điện tử trong bối cảnh toàn cầu hóa mới hy vọng đi đến thành công.

2.3.4.2 Giải pháp thu thập chứng cứ điện tử trong bối cảnh toàn cầu hóa

Ngoài việc vượt qua rào cản chủ quyền quốc gia để đi đến sự hợp tác quốc tế, trong thu thập chứng cứ điện tử bằng việc phát triển năng lực công nghệ trong mỗi quốc gia; bản chất của thu thập chứng cứ điện tử được phản ánh qua quá trình điều tra kỹ thuật số. Vì vậy, cộng đồng quốc tế cần nên chuẩn hóa một số vấn đề của điều tra kỹ thuật số như: Chuẩn hóa môi trường điều tra kỹ thuật số gồm năng lực con người tham gia, quy trình, thủ tục. Chuẩn hóa công nghệ, công cụ sử dụng trong điều tra kỹ thuật số để thu thập chứng cứ điện tử.

a) Chuẩn hóa môi trường điều tra kỹ thuật số

Con người đóng vai trò quyết định thành bại của quá trình điều tra kỹ thuật số, con người ở đây là các chủ thể tham gia tố tụng được quyền thu thập chứng cứ điện tử. Chuẩn hóa yếu tố con người là chuẩn hóa năng lực con người dựa trên kiến thức, kỹ năng, kinh nghiệm. Do yếu tố khoa học công nghệ đóng góp nên sự hình thành của chứng cứ điện tử, nên con người hoạt động trong lĩnh vực này, ngoài kiến thức và năng lực ở các lĩnh vực khác, bắt buộc phải có kiến thức, kỹ năng về công nghệ thông tin ở mức độ phù hợp với vai trò vị trí mà họ đảm nhận.

Quy trình điều tra kỹ thuật số thì có rất nhiều, trong một quốc gia cũng có thể có rất nhiều quy trình điều tra kỹ thuật số khác nhau. Tuy nhiên, để hợp tác cùng nhau đạt hiệu quả, cần phải có quy trình chuẩn quốc tế, để khi phối hợp không bị hụt hẫng, hoặc xung đột, nhằm đạt hiệu quả cao trong quá trình thu thập chứng cứ điện tử.

Thủ tục tiến hành điều tra kỹ thuật số, mỗi quốc gia có trình tự thủ tục tố tụng riêng, nên thủ tục tiến hành điều tra kỹ thuật số khác nhau là hiển nhiên. Tuy nhiên, trong quá trình hợp tác quốc tế, hoàn toàn có thể thỏa thuận thống nhất để có một thủ tục thống nhất trong thu thập chứng cứ điện tử bảo đảm tính chấp nhận chứng cứ, tính kiểm tra, độ tin cậy của chứng cứ điện tử là khả thi.

b) Chuẩn hóa công nghệ, kỹ thuật công cụ điều tra kỹ thuật số

Sự cần thiết chuẩn hóa công nghệ giám sát, quản lý trước khi hệ thống xảy ra sự cố cần tiến hành điều tra thu thập chứng cứ điện tử. Có sự chuẩn hóa này, thì khi tiến hành thu thập chứng cứ điện tử sẽ gặp thuận lợi về mặt công nghệ cho tất cả các quốc gia thành viên, khi đó sẽ không có xung đột về kỹ thuật. Đơn giản chỉ cần công nghệ về cấu trúc dữ liệu không được chuẩn hóa cũng là vấn đề khó khăn cho việc thu thập.

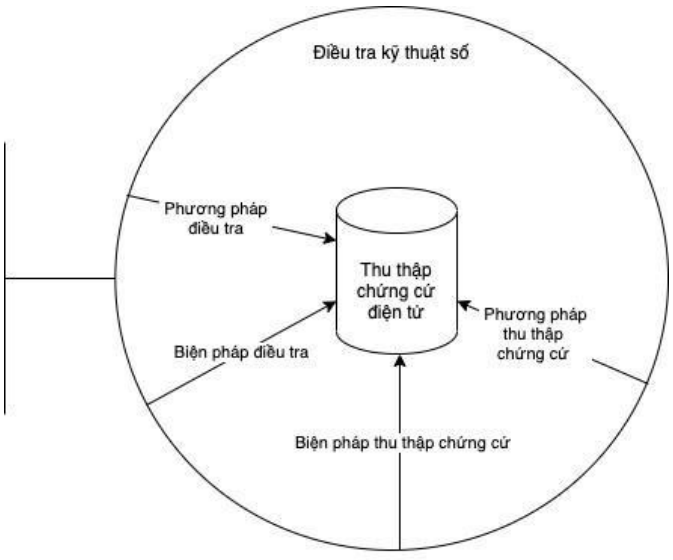
Chuẩn hóa nguyên tắc quản lý sự cố, quy trình công nghệ chuẩn bị sẵn sàng ứng phó sự cố, quy trình công nghệ ứng phó sự cố đang hoạt động. Chuẩn hóa quy trình công nghệ sau khi ứng phó sự cố. Có chuẩn hóa như vậy, quá trình điều tra thu thập

chứng cứ điện tử sẽ gặp thuận lợi. Vấn đề này là khả thi về mặt công nghệ nó giống như xây dựng tiêu chuẩn, chất lượng trong ngành xây dựng vậy.

2.4 Mô hình quy trình điều tra kỹ thuật số để thu thập chứng cứ điện tử

2.4.1 Lý do xây dựng quy trình điều tra kỹ thuật số

Ở Việt Nam, trong các lĩnh vực dân sự, hình sự và xử lý sự cố máy tính nhu cầu sử dụng chứng cứ điện tử ngày càng gia tăng, bởi hành vi giao tiếp, hoạt động của con người được tiến hành trên các phương tiện điện tử và công nghệ thông tin. Thu thập chứng cứ điện tử là một giai đoạn của quy trình điều tra kỹ thuật số, ngược lại toàn bộ quy trình điều tra kỹ thuật số là phản ánh bản chất của quá trình thu thập chứng cứ điện tử. Bởi lẽ, thông qua quy trình điều tra kỹ thuật số thu thập phản ánh vật chất của chứng cứ điện tử đó là thiết bị điện tử và dữ liệu điện tử; quy trình điều tra kỹ thuật số phản ánh công nghệ hình thành chứng cứ điện tử dưới dạng vật chất; quy trình điều tra kỹ thuật số phản ánh nhận thức của chứng cứ điện tử, vì đây là sự kết nối giữa phản ánh vật chất của chứng cứ điện tử với các sự kiện pháp lý đã xảy ra, liên kết giải thích logic những gì đã xảy ra. Một yêu cầu quan trọng, xây dựng quy trình điều tra kỹ thuật số, nhằm quản lý quá trình thu thập chứng cứ điện tử của cơ quan tư pháp, đồng thời có biện pháp tương xứng cho phù hợp với từng giai đoạn thu thập chứng cứ điện tử. *Xây dựng quy trình điều tra kỹ thuật số là yêu cầu khách quan của quá trình thu thập chứng cứ điện tử, nhằm thu thập đầy đủ, khách quan, trung thực, kiểm chứng được chứng cứ điện tử, được kiểm tra giám sát chặt chẽ việc thu thập chứng cứ điện tử*. Mối quan hệ giữa điều tra kỹ thuật số và thu thập chứng cứ điện tử được tác giả thể hiện qua hình 2.2.



Hình 2.2 Mối quan hệ giữa điều tra kỹ thuật số và thu thập chứng cứ điện tử

(tác giả)

Trong quá trình điều tra kỹ thuật số có rất nhiều công việc, biện pháp phải triển khai thực hiện. Đồng thời có nhiều chủ thể cũng tham gia vào quá trình này, nên yêu cầu xây dựng quy trình điều tra kỹ thuật số là yêu cầu tất yếu của chính quá trình điều tra kỹ thuật số, nhằm bảo đảm tính khách quan, toàn diện và không trùng lắp công việc, giúp khả năng kiểm tra lại chứng cứ điện tử đã thu thập là khả thi.

Chưa có tài liệu nào đồng nhất giữa hai thuật ngữ điều tra kỹ thuật số/ digital investigation và pháp y kỹ thuật số / digital forensics. Tuy nhiên, qua nghiên cứu các bài viết về mô hình quy trình của điều tra kỹ thuật số và pháp y kỹ thuật số, như Các giai đoạn phổ biến của các mô hình điều tra pháp y máy tính/ Common phases of computer forensics investigation models (Usoff, Y., & Ismail, R., 2011), hay Đánh giá các mô hình quy trình pháp y kỹ thuật số đối với pháp y kỹ thuật số như một dịch vụ/ Evaluation of digital forensic process models with respect to digital forensics as a service (Du, X., Le, K. N. A., & Scanlon, M., 2017) và rất nhiều bài viết khác cho thấy, hai loại mô hình này là một. *Bản chất của hai mô hình này là sự kết hợp của các biện pháp điều tra với khoa học, công nghệ trên lĩnh vực công nghệ thông tin, để hình thành quy trình cho mục tiêu thu thập chứng cứ điện tử, nhằm lý giải các sự kiện, tình huống pháp lý đã xảy ra* (Orin S. Kerr, 2005). Trên thế giới có rất nhiều mô hình quy trình điều tra kỹ thuật số hay còn gọi là quy trình pháp y kỹ thuật số. Ở Việt Nam chưa thấy công bố mô hình quy trình điều tra kỹ thuật số. Từ đây, chúng ta thống nhất gọi chung là mô hình quy trình điều tra kỹ thuật số.

2.4.2 Đánh giá các mô hình đã có

Có rất nhiều mô hình về quy trình điều tra kỹ thuật số, pháp y kỹ thuật số đã được công bố trên các tạp chí nước ngoài. Thiết nghĩ chúng ta cần điểm lại để thấy sự cần thiết của việc xây dựng mô hình, cũng như đánh giá ưu, khuyết điểm của những mô hình đã có, chọn lựa mô hình phù hợp với điều kiện pháp luật của Việt Nam, hay xây dựng mô hình mới. Chúng ta chia nhóm mô hình quy trình điều tra kỹ thuật số để tiện đánh giá, phân tích, mỗi nhóm chọn những mô hình tiêu biểu.

Nhóm 1: Mô hình điều tra chung cho tất cả các tình huống, đây là nhóm các mô hình xác định các giai đoạn của cuộc điều tra, định nghĩa các giai đoạn, trong từng giai đoạn có các giai đoạn con, được tiến hành tuần tự. Điển hình có các mô hình như:

- *Scientific Crime Scene Investigation model* (Lee, H. C., Palmbach, T., & Miller, M. T., 2001) = {Nhận biết / Recognise ⇒ Xác định / Identify ⇒ Cá nhân hóa / Individualise ⇒ Dựng lại /Reconstruct}

Trong đó:

Nhận biết / Recognise = {Tài liệu / Document ⇒ Thu thập và Bảo quản / Collect and Preserve }: Tìm kiếm cái gì và tìm ở đâu. Có hai giai đoạn phụ: tài liệu hóa là ghi lại chứng cứ thu thập, bảo quản chứng cứ.

Xác định / Identify = {Phân loại / Classify ⇒ So sánh / Compare}

Cá nhân hóa / Individualise = {Đánh giá / Evaluate ⇒ Diễn giải / Interpret}: là nơi bằng chứng được liên kết với một cá nhân hoặc sự kiện cụ thể. Bằng chứng sau đó được đánh giá và giải thích.

Dựng lại / Reconstruct = {Dựng lại / Reconstruct ⇒ Báo cáo và trình bày / Report and Present }: Sử dụng chứng cứ thu thập được dựng lại các sự kiện đã xảy ra và mối liên hệ của nó với đối tượng.

- *Integrated Digital Investigation Process (IDIP)* (Carrier, B., & Spafford, E.H., 2003) = {Sẵn sàng ⇒ Triển khai ⇒ Điều tra vật lý || Điều tra kỹ thuật số ⇒ Đánh giá}

Nơi các cuộc điều tra kỹ thuật số và vật lý xảy ra đồng thời, trong đó:

Sẵn sàng = {Sẵn sàng tác nghiệp ⇒ cơ sở hạ tầng sẵn sàng}

Triển khai = {Phát hiện và Thông báo ⇒ Xác nhận và Ủy quyền}

Điều tra vật lý = {Bảo vệ hiện trường ⇒ Khảo sát ⇒ Tài liệu ⇒ Tìm kiếm và thu thập ⇒ Dựng lại sự kiện ⇒ Bảo quản}

Điều tra kỹ thuật số = {Bảo vệ hiện trường ⇒ Khảo sát ⇒ Tài liệu ⇒ Tìm kiếm và thu thập ⇒ Dựng lại sự kiện ⇒ Trình bày}.

- *DFPM* (Eoghan Casey, 2004) = {Nhận biết sự cố / Incident Recognition ⇒ Đánh giá / Assessment ⇒ Nhận dạng và Thu giữ / Identification and Seizure ⇒ Bảo quản / Preservation ⇒ Kiểm tra / Examine ⇒ Phân tích / Analysis ⇒ Báo cáo / Reporting}

Trong đó:

Bảo quản = {Thu thập / Collect ⇒ Tài liệu / Document}}

Kiểm tra = {Phục hồi / Recovery ⇒ Thu hoạch / Harvesting ⇒ Giảm thiệt hại / Reduction ⇒ Phân loại / Classification }

Phân loại = {Sắp xếp / Organise ⇒ So sánh / Compare ⇒ Cá nhân hóa /

Individualise}

Mô hình này phù hợp với khắc phục sự cố máy tính hơn.

- *Quy trình điều tra kỹ thuật số tích hợp nâng cao (EIDIP)* (Baryamureeba, V., & Tushabe, F., 2004) = {Sẵn sàng ⇔ Triển khai ⇔ Traceback ⇔ Dynamite ⇔ Review}

Trong đó

Sẵn sàng = {Sẵn sàng hoạt động ⇒ Sẵn sàng cho cơ sở hạ tầng}: Sự sẵn sàng về nhân sự và cơ sở hạ tầng kỹ thuật đủ để phục vụ cuộc điều tra.

Triển khai = {Phát hiện sự cố và thông báo ⇒ Điều tra hiện trường tội phạm vật lý ⇒ Điều tra hiện trường tội phạm kỹ thuật số ⇒ Xác nhận sự cố ⇒ Gửi trình bày}: Triển khai công việc liên quan đến việc cung cấp các cơ chế để phát hiện các sự cố và xác nhận các sự cố đó.

Traceback = {Điều tra hiện trường tội phạm kỹ thuật số ⇒ Ủy quyền}: Truy nguồn gốc, cho phép điều tra thêm các chứng cứ đã thu thập được.

Dynamite = {Điều tra hiện trường tội phạm vật lý ⇒ Điều tra hiện trường tội phạm kỹ thuật số ⇒ Dựng lại ⇒ Giao tiếp}: Điều tra hiện trường vụ án chính và hiện trường kỹ thuật số, Dựng lại là liên kết chứng cứ để hình thành giả thuyết, chuyển tải trong một bài thuyết trình ở nơi cần thiết.

- *The NIJ Digital Forensic Examination* (Cohen, F., 2009) = {Nhận dạng / Identification ⇒ Thu thập / Collection ⇒ Vận chuyển / Transportation ⇒ Lưu trữ / Storage ⇒ Kiểm tra và Truy vết / Examination and Traces ⇒ Trình bày / Presentation ⇒ Tiêu hủy / Destruction }

Trong đó:

Kiểm tra = {Phân tích / Analysis ⇒ Diễn giải / Interpretation ⇒ Nhân quả / Attribution ⇒ Dựng lại / Reconstruction }

Phân tích / Analysis là nơi chứng cứ được hiểu và xác định đặc điểm liên quan đến vấn đề pháp lý hiện tại.

Diễn giải / Interpretation kết quả phân tích cung cấp ý nghĩa cho tình huống, thuật ngữ pháp lý và kỹ thuật.

Nhân quả / Attribution giải thích, chứng minh sự liên quan giữa các chứng cứ, rút ra kết luận về nguyên nhân và ảnh hưởng.

Dựng lại / Reconstruction là quá trình mà một tập hợp các cơ chế được xác định đã gây ra hậu quả của bằng chứng kỹ thuật số hình thành một số giả định về tồn tại của chứng cứ. Thực chất là xây dựng giả thuyết về sự kiện pháp lý đã xảy ra.

Nhóm 2: Các mô hình đi sâu vào vấn đề cụ thể, điển hình như:

- *Mô hình Điều tra tội phạm mở / An Extended Model of Cybercrime Investigations* (Ciardhuáin, S. Ó., 2004) = {Nhận thức, Ủy quyền, Lập kế hoạch, Thông báo, Tìm kiếm và xác định bằng chứng, Thu thập bằng chứng, Vận chuyển bằng chứng, Lưu trữ bằng chứng, Kiểm tra bằng chứng, Giả thuyết, Trình bày giả thuyết, Chứng minh / Bảo vệ giả thuyết, Phổ biến thông tin}.

Đây là mô hình theo kiểu thác nước, giai đoạn kiểm tra, giả thuyết, trình bày, chứng minh là một vòng lặp .

- *Mô hình phân loại pháp y kỹ thuật số* / *Digital Forensic Triage Process Model* (Rogers, M. K., 2006) = {Lập kế hoạch / Planning, Tần suất tiếp cận / Triage, sử dụng / usage, Hồ sơ người dùng / User profiles {Home diretory, File Properties, Registry}, Niên đại / Chronology, Internet {Phần mềm tạo trình duyệt / Browser artifacts, Phần tạo thư điện tử / E-mail artifacts, độ khẩn / Instant, Nhắn tin / Messaging}, Bằng chứng trường hợp cụ thể / specific evidence}.

Mô hình sử dụng trong các trường hợp tội phạm cụ thể, có tính khẩn cấp, thu thập chứng cứ ngay để giải quyết vấn đề cấp bách, cần cung cấp thông tin càng sớm càng tốt.

- *Mô hình pháp y kỹ thuật số dựa trên quy trình điều tra của Malaysia* (Perumal, S., 2009) = {Lập kế hoạch {Ủy quyền, Lệnh khám}, Nhận dạng {Xác định vật chứng thu giữ, Xác định chứng cứ điện tử dễ thay đổi, Thực hiện quy trình thu thập chứng cứ trực tiếp}, Do thám {Thực hiện quy trình thu thập dữ liệu tĩnh, Thu thập bằng chứng, Vận chuyển và lưu trữ}, Phân tích , Kết quả, Chứng minh & Bảo vệ, Truyền bá thông tin}.

Mô hình này tập trung giải quyết thu thập dữ liệu tĩnh và động.

- *Mô hình điều tra pháp y kỹ thuật số có hệ thống* / Systematic Digital Forensic Investigation Model (SRDFIM) (Agarwal, A., 2011) = {Chuẩn bị, Bảo vệ hiện trường, Khảo sát và Ghi nhận, Ghi lại hiện trường, Cách ly truyền thông, Thu thập chứng cứ điện tử {Thu thập chứng cứ dễ bay hơi, Thu thập chứng cứ không dễ bay hơi}, Bảo quản, Kiểm tra, Phân tích, Trình bày, Kết quả & Đánh giá}. Mô hình này giải quyết tốt cho tội phạm mạng.

- *Mô hình quy trình pháp y kỹ thuật số tích hợp* / Integrated Digital Forensic Process Mode (K¨ohn, M.D., 2013) gồm các giai đoạn:

Chuẩn bị = {Chính sách / Thủ tục ⇒ Sẵn sàng Hoạt động || Sự sẵn sàng về cơ sở hạ tầng}

Sự cố = {Phát hiện ⇒ Đánh giá || Xác nhận ⇒ Thông báo ⇒ Ủy quyền ⇒ Triển khai}

Ứng phó sự cố = {Chiến lược tiếp cận ⇒ Tìm kiếm ⇒ Khôi phục || {Thu giữ ⇒ Bảo tồn} ⇒ Vận chuyển ⇒ Cất giữ} ∧ {Bảo tồn ⇒ Điều tra pháp y kỹ thuật số}

Điều tra pháp y kỹ thuật số = {Thu thập ⇒ Xác thực ⇒ Kiểm tra ⇒ Thu hoạch ⇒ Giảm thiểu ⇒ Xác định ⇒ Phân loại ⇒ Tổ chức ⇒ So sánh ⇒ Giả thuyết ⇒ Phân tích ⇒ Thuộc tính ⇒ Đánh giá ⇒ Giải thích ⇒ Tái tạo ⇒ Giao tiếp ⇒ Đánh giá} ∧ {Tái tạo ⇒ Giả thuyết}

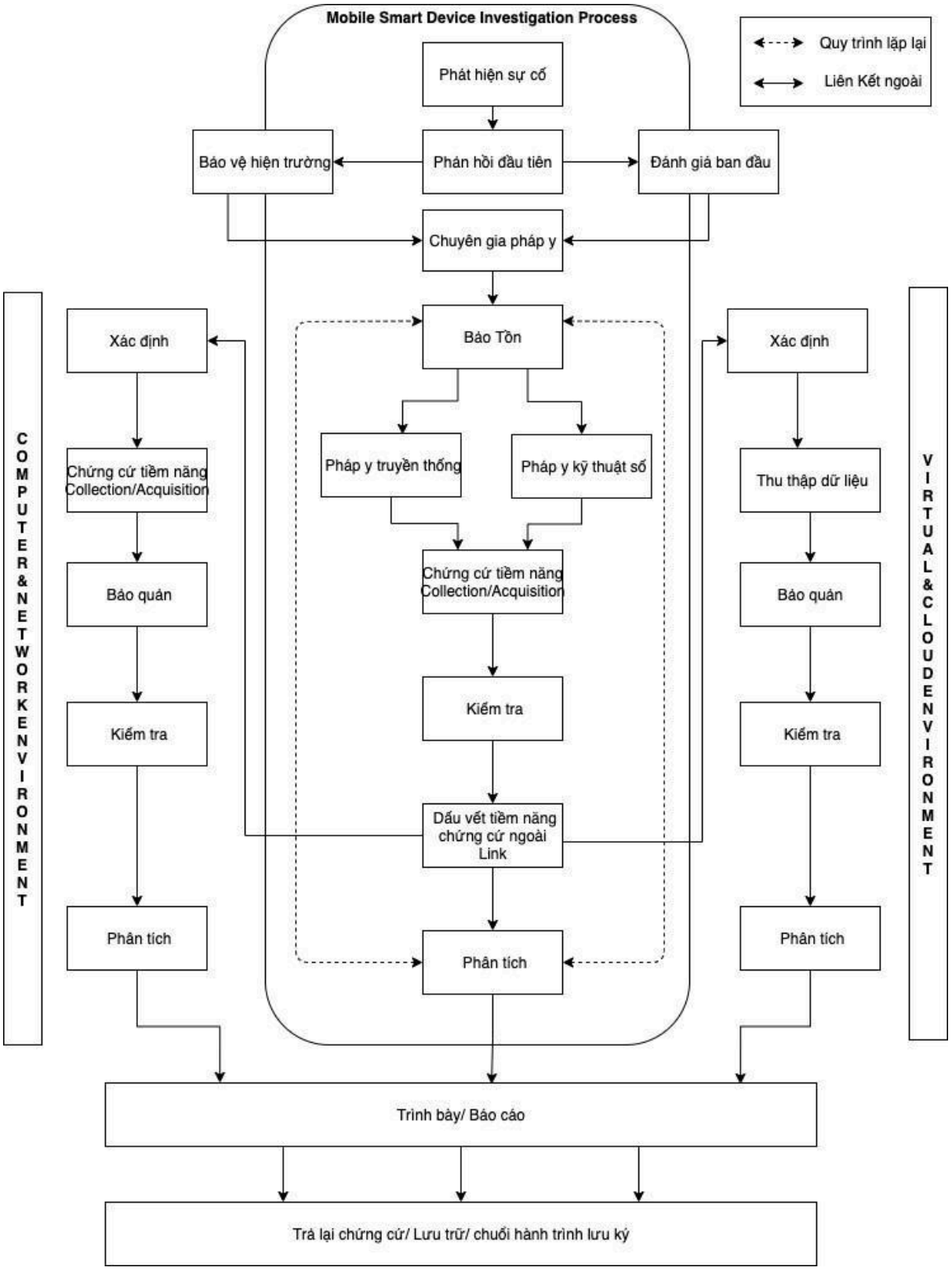
Trình bày = {Báo cáo / Trình bày ⇒ Quyết định ⇒ Phổ biến}.

Mô hình tương đối tổng quát cho việc ứng với công nghệ hiện có vào thời điểm xây dựng mô hình.

Nhóm 3: Mô hình quy trình điều tra kỹ thuật số trong nhiều môi trường khác nhau, đáp ứng yêu cầu công nghệ và pháp lý, điển hình:

- *Mô hình quy trình điều tra pháp y kỹ thuật số đa nền tảng*/ A multidisciplinary digital forensic investigation process model (Lutui, R., 2016).

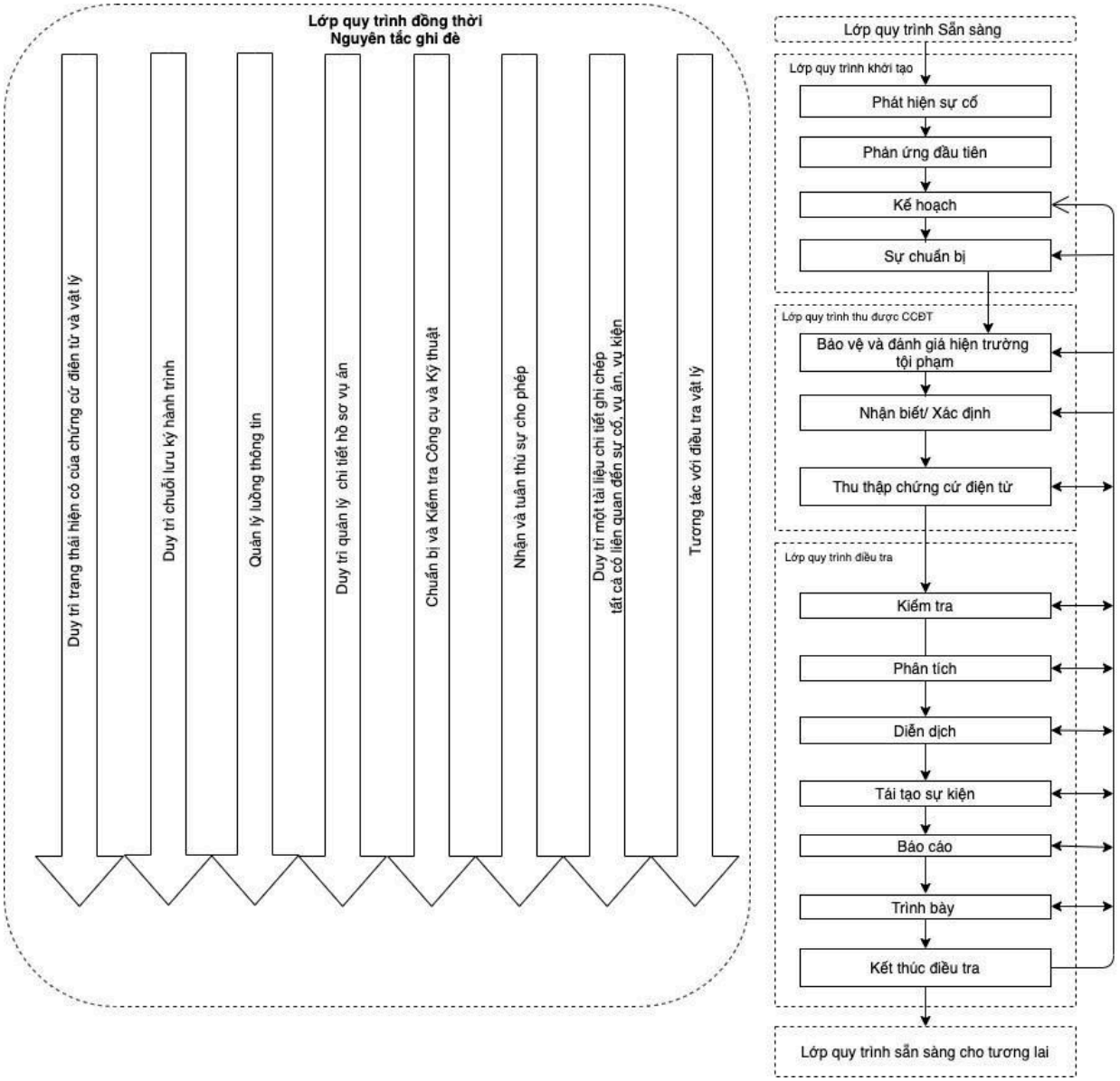
Mô hình này điều tra kỹ thuật số căn bản trên môi trường thiết bị di động, có liên kết với môi trường máy tính, mạng máy tính, đám mây và máy tính ảo.



Hình 2.3 Mô hình quy trình điều tra pháp y kỹ thuật số đa nền tảng (MDFIPM) (Lutui, R., 2016).

- *Mô hình quy trình điều tra pháp y kỹ thuật số được tiêu chuẩn hóa*/ The Standardised Digital Forensic Investigation Process Model (SDFIPM) (Montasari et al, 2019).

- Mô hình kể từ giai đoạn thu thập chứng cứ điện tử đến giai đoạn trình bày là tiến trình vòng lặp. Mỗi giai đoạn là một quá trình riêng. Lớp quy trình đồng thời thể hiện nguyên tắc được thực thi trong suốt quá trình điều tra kỹ thuật số, được gọi là nguyên tắc ghi đè.



Hình 2.4 Mô hình quy trình điều tra pháp y kỹ thuật số được chuẩn hóa ở cấp độ trừu tượng (SDFIPM) (Montasari et al, 2019)

** Nhận xét, đánh giá các mô hình:*

Mô hình ở nhóm 1 mang tính cơ bản, đa phần thực hiện tuần tự, chưa thể hiện tính lặp lại, trong điều tra kỹ thuật số tính lặp lại của mô hình là điều cần thiết. Các giai đoạn mặc dù có giai đoạn con, nhưng một số giai đoạn phải là một quá trình nhưng mô hình cũng chưa thể hiện được. Mô hình ở nhóm này cũng chưa đáp ứng được việc thu thập chứng cứ điện tử, là trung tâm của điều tra kỹ thuật số ở các nền tảng công nghệ

khác nhau, cũng chưa giải quyết được các vấn đề ứng xử với tính chất của từng loại dữ liệu điện tử. Đồng thời mô hình của nhóm 1 cũng chưa thể hiện được thực thi thu thập chứng cứ điện tử đáp ứng yêu cầu pháp lý.

Mô hình ở nhóm 2 đi sâu vào biểu diễn từng thế mạnh khác nhau cho mỗi mô hình, không tính toán đến yêu cầu công nghệ cũng như yêu cầu pháp lý. Nó không phù hợp cho tất cả, các thuật ngữ chưa thật sự chính xác. Mặc dù có sự tích hợp giữa điều tra vật lý và điều tra số, nhưng chỉ ở giai đoạn điều tra hiện trường.

Mô hình nhóm 3 có vẻ tiến bộ, đáp ứng được yêu cầu đa nền tảng công nghệ, và yêu cầu pháp lý, nhưng được đề cập ở từng mô hình riêng. Thí dụ mô hình MDFIPM thể hiện được điều tra kỹ thuật số trên nền tảng đa công nghệ, nhưng còn sơ sài; đặc biệt là chưa thể hiện được yêu cầu pháp lý. Mô hình SDFIPM có thể hiện được yêu cầu pháp lý, mỗi giai đoạn là một quá trình. Tuy vậy, nó chưa thể hiện được yêu cầu đa nền tảng công nghệ và các giai đoạn của nó là một quá trình và bắt đầu từ giai đoạn kiểm tra là chưa hợp lý.

Ba nhóm mô hình trên còn một khiếm khuyết rất quan trọng là vấn đề thuật ngữ chưa được thống nhất. Mỗi mô hình điều có dùng thuật ngữ khác nhau và cách giải thích cũng khác nhau. Tóm lại, trước sự phân tích trên cho phép chúng ta thấy cần phải có một mô hình điều tra kỹ thuật số điển hình để giải quyết những vấn đề này.

2.4.3 Đề xuất mô hình phù hợp

Xây dựng mô hình điều tra kỹ thuật số, là một mục trong yêu cầu nghiên cứu của đề tài *Pháp luật Việt Nam về chứng cứ điện tử*, ở đây chúng ta sẽ xây dựng một mô hình cấp độ trừu tượng, thể hiện quá trình điều tra kỹ thuật số nhằm mục đích thu thập chứng cứ điện tử. Mô hình này, mỗi giai đoạn của nó có thể là một quá trình, đại diện cho tất cả nền tảng công nghệ hiện có, cũng như yêu cầu pháp lý đặt ra nhằm mục đích thu thập chứng cứ điện tử được chấp nhận. Tên của mô hình được đặt là: *Mô hình điều tra kỹ thuật số thu thập chứng cứ điện tử ở cấp độ trừu tượng*, đây là mô hình tác nghiệp. Vấn đề điều tra kỹ thuật số để thu thập chứng cứ điện tử là một vấn đề phức tạp, đòi hỏi phải có nhận thức đúng về vấn đề này, để hiểu rõ hơn về mô hình tác nghiệp điều tra thu thập chứng cứ điện tử, chúng ta mô hình hóa việc nhận thức vấn đề này bằng một mô hình nhận thức có tên: *Nhận thức thu thập chứng cứ điện tử từ điều tra kỹ thuật số*.

2.4.3.1 Mô hình nhận thức điều tra kỹ thuật số

Mô hình này là nhận thức chung cho tất cả các lĩnh vực hình sự, dân sự, xử lý sự cố máy tính. Trong Mục 2.2.2 đã nêu rõ bản chất của thu thập chứng cứ điện tử. Mục 2.4.1 cũng đã lý giải được mối quan hệ giữa quá trình thu thập chứng cứ điện tử và quy trình điều tra kỹ thuật số. Có thể nói một cách khác, quy trình điều tra kỹ thuật số là công cụ tổng quan, trừu tượng để thu thập chứng cứ điện tử. Với nhận thức đó, *Mô hình nhận thức thu thập chứng cứ điện tử từ điều tra kỹ thuật số*, phải được nhận thức đầy đủ các yếu tố: (1) Các yêu cầu cần phải được thực thi trong suốt quá trình điều tra kỹ thuật số, (2) Khả năng tiếp cận để thực hiện điều tra kỹ thuật số nhằm thu thập chứng cứ điện tử, (3) Nhận thức về các yếu tố khách quan tác động đến tính khả thi của quá trình điều tra kỹ thuật số nhằm thu thập chứng cứ điện tử, (4) Quyết định trong quá trình điều tra phải dựa trên yêu cầu thực tiễn thực thi. Đồng thời, nhận thức cũng phải phản ánh được mối liên kết của các yếu tố nhận thức và các nhân tố tác động đến sự liên kết này.

a. Các yêu cầu phải được thực thi

Yêu cầu pháp lý phải được chấp hành nghiêm túc có như vậy chứng cứ điện tử mới có thể được chấp nhận. Các yếu tố pháp lý như tính liên quan, tính xác thực, tính hợp pháp, độ tin cậy, tính toàn vẹn và tính hữu dụng của chứng cứ điện tử, phải được đáp ứng đầy đủ. Yêu cầu công nghệ cũng phải được đáp ứng, có như vậy mới xác định được chứng cứ điện tử được hình thành từ công nghệ nào, phần mềm, công cụ, thiết bị tham gia, khi đó chọn hướng công nghệ tiếp cận phù hợp để thu thập chứng cứ điện tử, thỏa mãn được yêu cầu chứng minh. Các nguyên tắc thu thập chứng cứ điện tử ở Mục 2.2.3.1 phải được bảo đảm, có như vậy mới góp phần thực hiện được các yêu cầu pháp lý, yêu cầu công nghệ. Yêu cầu chứng minh của tình huống pháp lý, bối cảnh pháp lý đã xảy ra, là yêu cầu quan trọng, nó giúp định hướng công cuộc điều tra. Quá trình điều tra thu thập chứng cứ điện tử phải đáp ứng yêu cầu chứng minh một sự kiện pháp lý, hoặc một vấn đề có liên quan đến sự kiện trong tình huống chung. Muốn thực hiện được điều này cần phải có kế hoạch thật cụ thể để tiếp cận vấn đề. Đồng thời cũng phải xác định tính liên quan, mức độ liên quan và công nghệ tin cậy để đi vào thực tiễn điều tra kỹ thuật số.

b. Khả năng tiếp cận

Nhận thức về yếu tố này là, muốn đáp ứng được các yêu cầu như Mục a nêu, thì tiếp cận từ nguồn nào, ở đâu, dựa trên nền tảng công nghệ nào. Nguồn tức là trả lời câu hỏi ai kiểm soát dữ liệu định thu thập làm chứng cứ. Nền tảng công nghệ có thể là đám

mây điện tử, điện thoại di động, web, IoT… hay là sự liên kết các nền tảng công nghệ khác nhau, để từ đó chọn lựa công nghệ, phương tiện, công cụ, biện pháp thu thập chứng cứ điện tử cho thích hợp. Khi tiếp cận để thu thập chứng cứ cần xem xét tính tương xứng, là áp dụng biện pháp thu thập chứng cứ điện tử phù hợp, bảo đảm lợi ích của các bên, giải quyết xung đột về quyền lợi một cách hài hòa. Tính toán chi phí thời gian, tài chính thoả đáng thích hợp, có tính khả thi chấp nhận được. Tuy nhiên chúng ta cũng cần lưu ý, trong lĩnh vực hình sự nếu nặng nề yếu tố tương xứng, hài hòa lợi ích các bên thì thường không mang lại hiệu quả cao trong thu thập chứng cứ điện tử. Trong dân sự, trọng tài thì điều này có thể, hoặc thực hiện việc gặp gỡ, trao đổi, thỏa thuận lợi ích với nhau thì có thể đạt được hiệu quả trong thu thập chứng cứ. Khả năng tiếp cận còn nhìn nhận ở năng lực, trình độ chuyên môn của cá nhân thực thi. Xác định khả năng tiếp cận, kết hợp với kế hoạch thực hiện yêu cầu của cuộc điều tra, chúng ta sẽ xây dựng được chiến lược tổng hợp, quản lý quá trình điều tra kỹ thuật số để thu thập chứng cứ điện tử, trên cơ sở đó cũng đề xuất được các biện pháp tương xứng, đáp ứng với thực tế điều tra kỹ thuật số.

c. Yếu tố khả thi

Không đề cập đến yếu tố chủ quan, chỉ nêu yếu tố khách quan tác động đến tính khả thi. Chứng cứ điện tử có tính xuyên biên giới, việc thu thập chứng cứ loại này cần phải tính đến tác động của bối cảnh toàn cầu hóa, rào cản chủ quyền quốc gia là quan trọng trong việc hợp tác thu thập chứng cứ điện tử giữa các quốc gia. Giải quyết vấn đề này, cần có sự tương thích giữa hệ thống pháp luật của các quốc gia là quan trọng, hay các cơ chế hợp tác tư pháp song phương, đa phương có việc tham gia Công ước Tội phạm mạng trên lĩnh vực hình sự, Công ước La Haye trên lĩnh vực dân sự, các cơ chế hợp tác quốc tế khác như quy định về chứng cứ của EU. Mặc dù vậy, vấn đề không phải lúc nào cũng có thể thực hiện được, bởi lẽ việc thu thập chứng cứ điện tử không thể thực hiện theo thủ tục của bên yêu cầu, mà được thực hiện theo thủ tục của bên được yêu cầu, hoặc theo thỏa thuận song phương, nhưng chắc chắn không sinh ra những thủ tục mới để thực hiện. Tính khả thi của chứng cứ điện tử chỉ có được khi các thỏa thuận trên được hợp tác nghiêm túc và tự nguyện, trên những cơ chế đặc biệt được thỏa thuận. Yếu tố quyền riêng tư, sở hữu dữ liệu điện tử, nghĩa vụ cung cấp của bên thứ ba cũng là những tác động khách quan đến tính khả thi của việc thu thập chứng cứ điện tử. Tính khả thi của quá trình điều tra sẽ là quá trình thực tế diễn ra của điều tra kỹ thuật số.

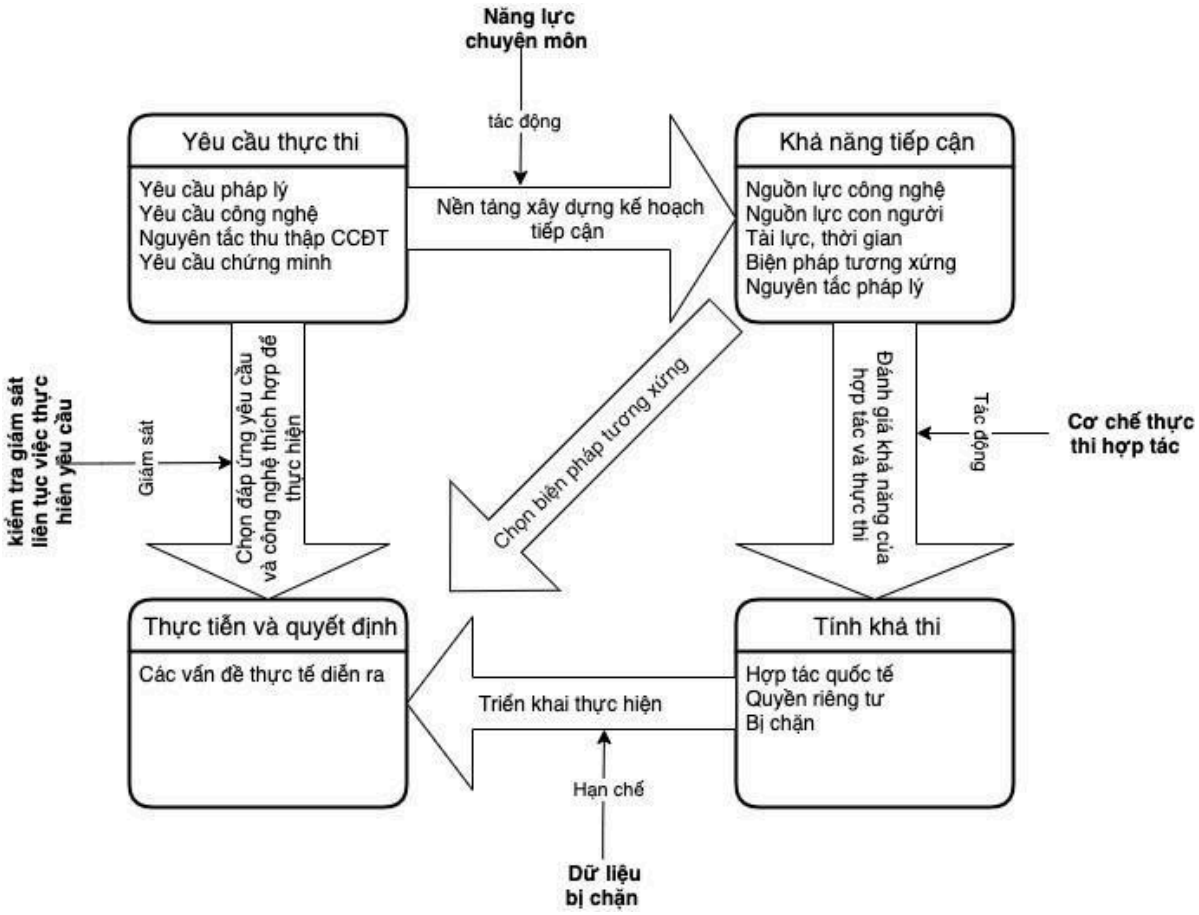
d. Quyết định được dựa trên thực tiễn thực thi

Từng vấn đề diễn ra trong mỗi giai đoạn của quy trình điều tra kỹ thuật số, đều được quyết định dựa trên tình hình thực tế. Mặc dù phải xây dựng kế hoạch dự kiến các tình huống phải xử lý, nhưng thực tế xảy ra luôn phong phú và khó lường. Chính vì vậy, khi phát sinh vấn đề thì cần phải được quyết định trên những gì thực tế đã diễn ra. Ví dụ điều tra viên sẽ quyết định có nên thu thập ngay chứng cứ điện tử trên RAM trước khi thu giữ máy tính hay không. Hay quyết định có nên thu giữ dữ liệu trên mạng máy tính đang hoạt động hay không.

e. Các mối liên kết và yếu tố tác động lên mối liên kết

Mô hình nhận thức này cũng phải thấy rằng các lỗ hổng về chuyên môn, kiến thức cá nhân ảnh hưởng nghiêm trọng đến quá trình điều tra kỹ thuật số. Ngay giai đoạn xây dựng kế hoạch, nếu không có chuyên môn, kiến thức trên lĩnh vực pháp lý, nghiệp vụ, công nghệ tương xứng thì không thể hình thành kế hoạch khả thi. Cần phải có cơ chế đào tạo phù hợp với từng vị trí công tác, nhiệm vụ cụ thể của chủ thể tham gia tố tụng, và các cơ quan tài phán trong lĩnh vực này. Khoảng trống thiết chế phối hợp, hợp tác giữa các quốc gia ảnh hưởng đến hiệu quả thu thập chứng cứ điện tử, hạn chế đến quá trình hợp tác, thực thi, nếu không xây dựng cơ chế phù hợp, tích cực. Cần tham gia sâu rộng vào thiết chế đa phương, song phương trong hợp tác quốc tế về điều tra kỹ thuật số nhằm thu thập chứng cứ điện tử hiệu quả. Tham gia sâu là hợp tác xây dựng cơ chế thật cụ thể cho từng lĩnh vực, tham gia rộng là thiết kế các liên kết phối hợp theo từng cấp công tác, từng loại hình chủ thể tham gia tố tụng. Khoảng trống kế tiếp là quy chế bảo mật hệ thống, quyền riêng tư, sở hữu dữ liệu điện tử, nghĩa vụ cung cấp của bên thứ ba (gọi chung là lỗ hổng về dữ liệu bị chặn), lỗ hổng này tác động đến quá trình thực hiện các biện pháp điều tra kỹ thuật số. Tính liên tục và thường xuyên đánh giá quá trình điều tra chứng cứ điện tử thường không được quan tâm đúng mức, tạo thành lỗ hổng nguy hiểm, tác động đến việc chọn lựa các yêu cầu liên quan; và mức độ tin cậy của công nghệ áp dụng cho thực tiễn quá trình điều tra kỹ thuật số tác động đáng kể cho quá trình ra quyết định.

Trên cơ sở phân tích, lý giải như trên chúng ta có quyền thiết kế mô hình *Nhận thức thu thập chứng cứ điện tử thông qua điều tra kỹ thuật số*, được tác giả xây dựng như sau:



Hình 2.5 Mô hình nhận thức thu thập chứng cứ điện tử từ điều tra kỹ thuật số (tác giả)

Tác dụng của mô hình 2.5: Làm nền tảng nhận thức xây dựng tiêu chí chấp nhận chứng cứ theo yêu cầu pháp lý. Cho thấy được sự cần thiết đáp ứng yêu cầu công nghệ để chấp nhận chứng cứ điện tử.Thấy được yêu cầu đào tạo nguồn nhân lực, đáp ứng thực thi pháp luật trong luật công và luật tư hay các cơ quan tài phán đa dạng khác nhau là cần thiết. Nâng cao năng lực công nghệ trong lĩnh vực tư pháp. Hình thành mô hình tổ chức phù hợp thực thi pháp luật hiệu quả với yêu cầu thực tiễn đặt ra. Làm cơ sở nhận thức xây dựng mô hình quy trình tác nghiệp điều tra kỹ thuật số, giúp thu thập chứng cứ điện tử chứng minh làm rõ các tình tiết của tình huống pháp lý, mang đến công lý, công bằng cho mọi người trong xã hội.

2.4.3.2 Mô hình điều tra kỹ thuật số thu thập chứng cứ điện tử

Trên cơ sở phân tích các mô hình điều tra kỹ thuật số 3 nhóm trong Mục 2.4.2, *Mô hình nhận thức thu thập chứng cứ điện tử từ điều tra kỹ thuật số*, cho phép tác giả xây dựng mô hình điều tra kỹ thuật số thu thập chứng cứ điện tử ở mức trừu tượng như hình 2.6. Trong mô hình này, các giai đoạn của nó là một quá trình, tiến trình được thực hiện tuần tự, có lặp lại ở những giai đoạn cần thiết. Mô hình thể hiện đầy đủ mối

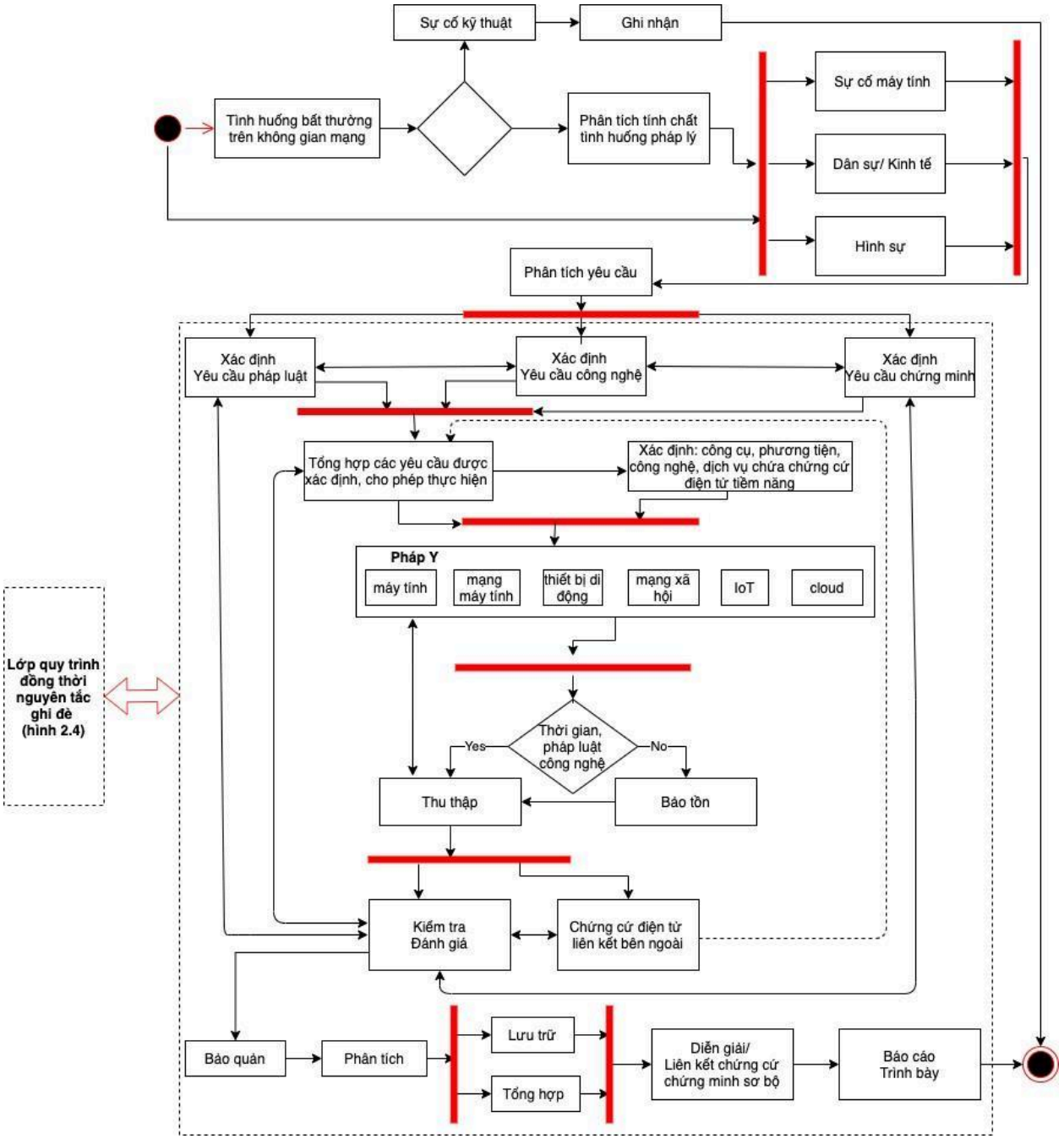
liên quan giữa yêu cầu pháp luật, yêu cầu công nghệ và yêu cầu chứng minh sự kiện pháp lý đã xảy ra, đây chính là yêu cầu thực tiễn của việc giải quyết các tình huống pháp lý trong hình sự, dân sự, kinh tế, phản ứng sự cố máy tính và các yêu cầu của chính sách an ninh mạng của một hệ thống mạng máy tính.

Các giai đoạn giải thích một cách cô đọng lần lượt như sau:

Tình huống bất thường trên không gian mạng: Nhìn chung đó là những dấu hiệu được hệ thống cảnh báo hoặc được phát hiện hoạt động sai chức năng. Sự cố kỹ thuật: Do yếu công nghệ kỹ thuật tạo ra, cũng có thể con người vận hành không đúng với yêu cầu công nghệ. Ghi nhận: Được người quản lý hệ thống ghi chép, sao lưu lại. Phân tích tình huống pháp lý: Là phân tích những sự việc, hiện tượng đã xảy ra có liên quan đến pháp luật. Sự cố máy tính: Là việc máy tính, hệ thống máy tính hoạt động không bình thường, dẫn đến một hậu quả cụ thể nào đó, gây thiệt hại cho tổ chức, cá nhân có liên quan đến máy tính hoặc hệ thống máy tính. Dân sự / kinh tế: Vụ việc tranh chấp dân sự, kinh tế, hay vụ kiện dân sự, kinh tế. Hình sự: Tình huống pháp lý hay vụ việc, hiện tượng có dấu hiệu của tội phạm. Phân tích yêu cầu: Phân tích các yêu cầu của một chứng cứ điện tử trong trường hợp này phải đạt yêu cầu pháp luật, công nghệ, chứng minh ra sao. Yêu cầu pháp luật: Các yêu cầu pháp luật mà chứng cứ điện tử phải đạt được để được chấp nhận làm chứng cứ. Yêu cầu công nghệ: Các yêu cầu đáp ứng về mặt công nghệ để bảo đảm rằng dữ liệu điện tử là nguồn của chứng cứ được tạo ra do công nghệ cụ thể thực hiện. Yêu cầu chứng minh: Những yêu cầu cần thu thập chứng cứ điện tử chứng minh được hành vi của con người cụ thể, sự việc cụ thể nào đó. Ví dụ nguyên đơn có chứng cứ chứng minh cho những yêu cầu của mình trong đơn khởi kiện. Tổng hợp các yêu cầu được xác định, cho phép thực hiện: Là những công việc được sắp xếp, đã cho phép thực hiện. Xác định: Quá trình tìm hiểu những loại phương tiện, công cụ, công nghệ, dịch vụ có chứng cứ điện tử tiềm năng phục vụ cho 3 yêu cầu nêu trên. Thu thập: Quá trình thu thập chứng cứ điện tử là một quá trình được xây dựng khái niệm ở Mục 2.2.1. Bảo tồn: Giữ nguyên trạng thái của chứng cứ điện tử trong một thời gian nhất định, ở nơi mà nó được tạo ra, lưu trữ, hay xử lý. Kiểm tra, đánh giá: Kiểm tra ngay chứng cứ điện tử được thu thập có đáp ứng được các yêu cầu đã nêu không, để khắc phục, chấp nhận hoặc không chấp nhận. Chứng cứ điện tử liên kết ngoài: Các dấu hiệu liên kết bên ngoài, ví dụ thấy trong cơ sở dữ liệu của máy chủ hệ thống có lưu một tài khoản đăng nhập lạ, hay điện thoại di động đang thu thập chứng cứ điện tử có sử dụng dịch vụ đám mây. Bảo quản: Sử dụng công nghệ bảo quản chứng cứ điện tử một cách an toàn, bảo đảm không sai lệch, ví dụ sử dụng túi Faraday

để các thiết bị điện tử không thể tiếp nhận được sóng điện từ. Phân tích: Quá trình phân tích từng đơn vị chứng cứ, tích hợp, phân loại, liên kết chúng để chứng minh, giải thích một sự kiện, hiện tượng nào đó trong tình huống pháp lý đang thu thập chứng cứ điện tử. Lưu trữ: Quá trình sử dụng công nghệ, quy định của pháp luật lưu trữ chứng cứ an toàn để phục vụ việc sử dụng chứng minh trước Tòa án, hay cơ quan tài phán khác. Tổng hợp: Là quá trình tổng hợp xâu chuỗi các thông tin mà chứng cứ mang để hình thành nên cái nhìn tổng thể, khách quan từng vấn đề một trong vụ kiện, vụ án. Diễn giải: Diễn giải chứng cứ điện tử một cách dễ hiểu nhất có thể được, người không am hiểu công nghệ thông tin cũng hiểu được. Báo cáo: là công việc hình thành văn bản, tài liệu về tất cả những gì quá trình điều tra kỹ thuật số thu được. Pháp y kỹ thuật số: là quá trình sử dụng công nghệ thông tin kết hợp với biện pháp điều tra để thu thập chứng cứ điện tử.

Đây là mô hình thể hiện được sự quản lý của các cơ quan tư pháp, đối với quá trình điều tra thu thập chứng cứ điện tử, việc quản lý bắt đầu từ phân tích yêu cầu, chọn lựa phương pháp, biện pháp tiến hành, từng giai đoạn được phân chia quản lý cụ thể, đến khi kết thúc quy trình. Việc thiết lập, lưu trữ hồ sơ, tài liệu, hành trình lưu ký của quy trình được thực thi đầy đủ, giúp việc đánh giá kiểm tra một cách toàn vẹn. Quy trình cũng giúp đánh giá việc lựa chọn phương pháp, biện pháp có tương xứng cho từng giai đoạn chưa, từ đó đánh giá lựa chọn thích hợp hơn. Đây là mô hình quy trình điều tra thu thập chứng cứ điện tử trừu tượng, giúp người nghiên cứu pháp luật, những nhà làm luật của Việt Nam có cách nhìn tổng thể về quy trình điều tra thu thập chứng cứ điện tử, cần được thực hiện như thế nào để bảo đảm yêu cầu khách quan của chứng cứ điện tử. Bên cạnh đó, muốn thực hiện được quy trình này cần phải cụ thể hóa từng giai đoạn với từng tình huống cụ thể. Trên cơ sở mô hình này, chúng ta có thể xây dựng được các mô hình quy trình cho từng giai đoạn, khi đó sẽ cụ thể rõ ràng hơn trong tác nghiệp của từng giai đoạn. Từ đây, chúng ta cũng xây dựng được mô hình phân chia nhiệm vụ, hay công việc cụ thể đối với từng chủ thể tham gia tố tụng, giúp kiểm tra đánh giá được từng giai đoạn của việc thu thập chứng cứ điện tử. Với mô hình này, chúng ta có thể kiểm tra ngược quá trình phản ánh chứng cứ điện tử để đi đến liên kết các sự kiện pháp lý một cách rõ ràng, trọn vẹn giúp cơ quan tài phán giải quyết đúng đắn tình huống pháp lý đã xảy ra.



Hình 2.6 Mô hình điều tra kỹ thuật số thu thập chứng cứ điện tử ở cấp độ trừu tượng (tác giả)

Kết luận Chương 2

Chương 2 đã giải quyết được nhiều vấn đề trong thu thập chứng cứ điện tử có liên quan đến pháp luật Việt Nam. Nền tảng lý thuyết về thu thập chứng cứ điện tử được giải quyết một cách cơ bản như: khái niệm, bản chất, nguyên tắc thu thập chứng cứ điện tử. Phân tích và định hướng giải quyết 4 tác nhân cơ bản tác động đến quá trình thu thập chứng cứ điện tử, bổ sung được phương pháp, biện pháp phù hợp với việc thu thập chứng cứ điện tử, xây dựng được mô hình nhận thức, mô hình quy trình điều tra kỹ thuật số để thu thập chứng cứ điện tử cho hai lĩnh vực cơ bản là dân sự,

hình sự. Tất cả những kết quả đó nhằm tạo ra cách nhìn mới cho những vấn đề mới, đáp ứng yêu cầu khách quan trong thu thập chứng cứ điện tử, bổ sung đáng kể cho nền tảng hệ thống pháp luật Việt Nam có liên quan đến chứng cứ điện tử.

Tuy nhiên, trong chương này, tác giả nghiên cứu tập trung làm rõ một số vấn đề cố gắng nhất có thể. Nhưng thu thập chứng cứ điện tử còn rất nhiều vấn đề cần phải được tiếp tục nghiên cứu, cả bề rộng lẫn chiều sâu. Ví dụ đối với quy trình điều tra thu thập chứng cứ điện tử cho từng công nghệ khác nhau, thì quy trình điều tra thu thập chứng cứ điện tử cũng phải khác nhau. Từng lĩnh vực tài phán cũng có những đặc thù riêng, yêu cầu chứng minh khác nhau. Hy vọng với kết quả nghiên cứu này làm cơ sở cho các nghiên cứu tiếp theo.

CHƯƠNG 3. PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ CHẤP NHẬN CHỨNG CỨ ĐIỆN TỬ

Chấp nhận chứng cứ là một việc làm xuyên suốt từ khi bắt đầu tìm hiểu một sự kiện pháp lý, sự việc, hiện tượng, có dấu hiệu liên quan đến vụ án hình sự, vụ kiện dân sự, xử lý sự cố máy tính. Thu thập chứng cứ điện tử phải tiến hành phân tích, kiểm tra, đánh giá ngay chứng cứ khi thu được, kết luận có được xem là chứng cứ không, đây chính là quá trình chấp nhận chứng cứ, được thực hiện trong các giai đoạn tố tụng. Chứng cứ điện tử cũng là một loại hình chứng cứ, nên việc chấp nhận chứng cứ điện tử cũng không ngoại lệ. Tuy nhiên, do đặc thù của chứng cứ điện tử là dễ bốc hơi, dễ thay đổi, có khi không có bản gốc để đối chiếu, quá trình thu thập phải thông qua công nghệ, phương tiện thiết bị điện tử. Nghe, nhìn, đọc cũng phải thông qua thiết bị, phương tiện công cụ thích hợp. Vì vậy, việc chấp nhận chứng cứ điện tử cần phải bảo đảm được dựa các tiêu chí pháp lý, công nghệ và nghiệp vụ với một quy trình chặt chẽ.

3.1 Cơ sở lý thuyết chấp nhận chứng cứ điện tử

3.1.1 Theo hệ thống Thông luật

Tại Hoa Kỳ, quốc gia theo thông luật chấp nhận thông tin lưu trữ dưới dạng điện tử (*electronically stored information – ESI*) bao gồm bất kỳ thông tin nào được tạo hoặc lưu trữ dưới dạng kỹ thuật số, bất cứ khi nào máy tính được sử dụng để hoàn thành một tác vụ nào đó, là chứng cứ điện tử (Chung, C., & Byer, D., 1998). Vận dụng các quy tắc của Luật Chứng cứ Hoa kỳ và các yếu tố phản ánh sự thật tồn tại khách quan của ESI để làm căn cứ chấp nhận chứng cứ điện tử (Frieden, J. D., & Murray, L. M., 2011). Trong án lệ Jack R. Lorraine and, Beverly Mack kiện Công ty bảo hiểm Markel American *(In the United States District Court for the District of Maryland, 2011)*, Tòa án quận Maryland đã cân nhắc yếu tố chứng minh, yếu tố công nghệ của chứng cứ điện tử, vận dụng các quy tắc của Luật Chứng cứ Liên bang, lập luận đưa ra các tiêu chí chấp nhận chứng cứ điện tử, để bảo đảm yêu cầu pháp lý gồm: (1) Dựa vào Quy tắc 104 (a), (b)[43] kiểm tra năng lực của người cung cấp chứng cứ, việc có được chứng cứ có hợp pháp không, chứng cứ có đáp ứng yêu cầu chứng minh không.

(2) Là quy tắc về tính liên quan thể hiện qua các Quy tắc 401, 402, 403, Luật Chứng cứ Liên bang[44]. Tính liên quan của chứng cứ điện tử, nếu chứng cứ đó nó có xu hướng chứng minh cho một sự thật đã xảy ra, hay nó là hệ quả của hành động được xác định; không trái với hiến pháp, pháp luật khác tại Hoa Kỳ; chứng cứ ấy cũng không mang

[43] Rule 104 (a), (b); Article I; Federal rules of evidence; December 1, 2019.
[44] Rule 401,402,403; Article IV. Relevance And its limits; Federal rules of evidence; December 1, 2019.

tính định kiến, gây nhầm lẫn. Chứng cứ điện tử không liên quan thì không được chấp nhận. (3) Tính xác thực là việc sử dụng các loại chứng cứ khác nhau để chứng minh

rằng chứng cứ này là có thật, không ngụy tạo. Tính xác thực là chiến trường trung tâm để xác định khả năng chấp nhận của chứng cứ điện tử (Sugisaka, K. L., & Herr, D. F., 2011). Vận dụng các Quy tắc 901(a), (b) (1), (3), (4), (7), (8), (9)[45] để xác thực chứng cứ điện tử bằng chứng cứ ngoại vi như: Lời khai nhân chứng có kiến thức, nhân chứng có chuyên môn, nhân chứng chuyên gia hoặc kiểm chứng có so sánh mẫu, sử dụng đặc điểm giống và khác (hàm băm, metadata), hồ sơ báo cáo công khai, tài liệu cổ, quy trình hệ thống. Hay vận dụng các Quy tắc 902 (5), (7), (11), 803 (6), (8)[46] để chứng cứ điện tử tự xác thực. Ngoài ra, còn dựa vào các yếu tố khách quan của dữ liệu điện tử do công nghệ tạo nên để xác thực các trường hợp như Email, tin nhắn, chat room, trang web, bản ghi do máy tính tạo nên (các log file). (4) Tin đồn (*hearsay*) là không thể chấp nhận làm chứng cứ được, nhưng các trường hợp ngoại lệ tin đồn thì có thể được xem xét cụ thể để chấp nhận. Vận dụng Quy tắc 803, 804, 807[47] để chấp nhận chứng cứ điện tử. (5) Một trở ngại lớn trong chấp nhận chứng cứ điện tử là Quy tắc 1002[48] yêu cầu bản gốc, đối với chứng cứ điện tử rất nhiều dữ liệu không có bản gốc. Tuy nhiên, các Quy tắc 1003[49] chấp nhận bản sao, Quy tắc 1004[50] chấp nhận chứng cứ khác về nội dung, giúp vận dụng để chấp nhận chứng cứ điện tử trong các trường hợp tương ứng. Luật Tố tụng Dân sự của Hoa kỳ còn quy định thủ tục trong việc thu thập chứng cứ điện tử, tại Quy tắc 32[58] cho các trường hợp tài liệu là thông tin được lưu trữ dưới dạng dữ liệu điện tử.

Pháp luật liên bang Hoa Kỳ quy định rất chặt chẽ về các chứng cứ có thể được sử dụng tại phiên tòa xét xử. Theo Quy tắc về Chứng cứ của Liên bang, chỉ được coi là chứng cứ nếu tại phiên xét xử được các bên đưa ra, đối chất và được Tòa án chấp nhận. Trong đó, có quy định không sử dụng các chứng cứ gián tiếp, chứng cứ nhằm kích động, bôi xấu bị cáo, đương sự hay người làm chứng, hoặc chứng cứ nhằm đánh vào tình cảm của Bồi thẩm đoàn, các chứng cứ được thu thập vi phạm thủ tục tố tụng (khám nhà chưa có lệnh, xét hỏi khi chưa thông báo quyền…). Sở dĩ quy định chặt chẽ

[45] Article IX. Authentication and Identification; Federal rules of evidence; December 1, 2019.
[46] Federal rules of evidence; December 1, 2019.
[47] Federal rules of evidence; December 1, 2019.
[48] Article X. Federal rules of evidence; December 1, 2019.
[49] Article X. Federal rules of evidence; December 1, 2019.
[50] Article X. Federal rules of evidence; December 1, 2019. [58]
Rule 32; Federal rules of Civil procedure; 2019.

như vậy là bởi người thực tế đưa ra phán quyết định tội là Bồi thẩm đoàn, những người không có kiến thức pháp luật và cũng không có nghiệp vụ xét xử, trong khi Luật sư và Công tố viên là những người chuyên nghiệp, luôn tìm cách chi phối Bồi thẩm đoàn. Các quy định chặt chẽ về chứng cứ sẽ cung cấp cho Bồi thẩm đoàn những chứng cứ "sạch" để có thể căn cứ vào đó đưa ra phán quyết định tội một cách chính xác (Phương Thảo, 2014).

Luật Chứng cứ của Anh theo hệ thống Thông luật, được đặc trưng bởi nguyên tắc tự do đánh giá chứng cứ, được chấp nhận hay không là do Bồi thẩm đoàn, Hội đồng xét xử. Luật Chứng cứ của Anh chứa hai quy tắc cơ bản tạo thành những trở ngại lớn đối với việc chấp nhận chứng cứ điện tử là, quy tắc tin đồn và quy tắc bằng chứng tốt nhất. Bởi vì họ coi tài liệu được truy xuất từ máy tính là phù hợp với quy tắc tin đồn, mà đã là thuộc quy tắc này thì không thể chấp nhận là chứng cứ được. Theo quy tắc bằng chứng tốt nhất, về nguyên tắc, một tài liệu chỉ được chấp nhận nếu nó được tạo ra trong phiên bản gốc của nó. Tài liệu máy tính thường được tạo ra từ bản sao nên theo quy tắc này cũng không được chấp nhận. Tuy nhiên, trong Luật Chứng cứ của Anh có quy tắc ngoại lệ tin đồn và ngoại lệ bằng chứng tốt nhất sẽ là cơ sở để Tòa án chấp nhận chứng cứ điện tử (Olivier Leroux, 2004).

3.1.2 Theo hệ thống Dân luật

Luật chứng cứ của các quốc gia theo hệ thống Dân luật nằm trong Luật Tố tụng, và các luật nội dung như Luật Dân sự, Hình sự, Thương mại. Hệ thống dân luật chấp nhận chứng cứ điện tử dựa trên *tính hợp pháp* có nghĩa là chứng cứ điện tử phải được thu thập theo Luật Tố tụng quy định, không vi phạm hệ thống pháp luật của quốc gia; *tính liên quan* có nghĩa là chứng cứ điện tử phải có xu hướng chấp nhận sự kiện hoặc bác bỏ một sự kiện nào đó trong tình huống pháp lý phải chứng minh; *tính xác thực* là việc bảo đảm tính khách quan, rõ ràng, đầy đủ, tin cậy của chứng cứ điện tử (Olivier Leroux, 2004). Ngoài ra, có khuynh hướng khác nhưng cũng gần giống, chấp nhận khi chứng cứ điện tử có các tính như: *Tính hợp pháp* có nghĩa là chứng cứ được thu thập, cung cấp đúng pháp luật và họ chú trọng đến việc tôn trọng quyền riêng tư của cá nhân; *tính phù hợp* mức độ liên quan đến tình huống pháp lý đang cần được làm rõ; *tính hữu dụng* của chứng cứ tức là khả năng sử dụng chứng cứ để chứng minh mang lại hiệu quả đến đâu (Insa, F, 2007). Đối với tài liệu dưới dạng dữ liệu điện tử theo Luật

Tài liệu điện tử năm 2000[51] của Pháp, thì tài liệu này được chấp nhận là chứng cứ khi nó có các thuộc tính của chứng cứ, đồng thời phải thoả mãn các yếu tố như: Hình thành hợp lệ, đảm bảo tính toàn vẹn, độ tin cậy và đáp ứng được các yêu cầu xác thực, xác định (Martin Oudin, 2015). Luật Tố tụng Hình sự Đức[52] dành trọn Chương 4 với 6 Điều để quy định về các trình tự, thủ tục, biểu mẫu, quy tắc thu thập, xác thực đối với các trường hợp sử dụng dữ liệu điện tử, sao cho đạt các yêu cầu về tính hợp pháp, hợp lý, xác thực, độ tin cậy, tính toàn vẹn xác định, chấp nhận các loại dữ liệu này trở thành chứng cứ điện tử.

3.1.3 Theo pháp luật Việt Nam

Ở Việt Nam, việc chấp nhận chứng cứ điện tử chưa có tài liệu nào viết về vấn đề này, đây là một quá trình dựa trên việc đáp ứng yêu cầu pháp lý, căn cứ khoa học, tính logic của tài liệu thu thập được để chấp nhận hay không chấp nhận tài liệu ấy trở thành chứng cứ; từ đó, làm cơ sở sử dụng chứng cứ điện tử để chứng minh các tình huống pháp lý khi xảy ra. Việc chấp nhận chứng cứ điện tử, có thể dựa trên: Điều 86 chứng cứ[61], khoản 1, Điều 108 kiểm tra, đánh giá chứng cứ[62], Bộ luật Tố tụng Hình sự Việt Nam 2015; hay Điều 93 chứng cứ[63], Điều 108 đánh giá chứng cứ[64], Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015. Như vậy, theo pháp luật hiện hành Việt Nam muốn chứng cứ được chấp nhận, thì trên lĩnh vực hình sự phải có các yếu tố, hợp pháp, xác thực, liên quan đến vụ án; lĩnh vực dân sự phải bảo đảm các yếu tố, sự liên quan giữa các chứng cứ với nhau, tính hợp pháp, tính liên quan, giá trị sử dụng.

3.1.4 Đánh giá, nhận xét

Theo pháp luật Việt Nam thì lĩnh vực hình sự lẫn dân sự đều có tiêu chí đánh giá chứng cứ và chứng cứ điện tử đều dựa trên tính hợp pháp, tính liên quan, và tính xác thực. Tính hợp pháp thì được nói rõ trong các định nghĩa về chứng cứ, nhưng tính liên quan, tính xác thực thì chưa được luật nói rõ. Hệ thống Thông luật thì đề cập rất rõ đến tiêu chí chấp nhận chứng cứ điện tử là tính liên quan, tính xác thực, ngoại lệ tin đồn, ngoại lệ bản sao hay ngoại lệ bằng chứng tốt nhất, chứng cứ không được thiên vị, không tạo ra sự nhầm lẫn. Các thuộc tính này được hệ thống pháp luật Thông luật nêu rất rõ trong các quy tắc của Luật Chứng cứ Mỹ, Anh. Ngoài ra, trong Luật Tố tụng của hệ thống này, hỗ trợ các quy tắc quy định về trình tự, thủ tục để thu thập chứng cứ điện

[51] The Electronic Information and Documents Act, 2000

[52] German Code of Criminal Procedure năm 1987 sửa đổi bổ sung năm 2019

tử cho hợp pháp. Đối với hệ thống Dân luật thì việc chấp nhận chứng cứ và chứng cứ điện tử đều dựa trên tính hợp pháp, xác thực và liên quan, phù hợp với luật Việt Nam. Dù các hệ thống pháp luật khác nhau có cách đánh giá chấp nhận chứng cứ khác

[61] Điều 86, Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021): *"Chứng cứ là những gì có thật, được thu thập theo trình tự, thủ tục do Bộ luật này quy định, được dùng làm căn cứ để xác định có hay không có hành vi phạm tội, người thực hiện hành vi phạm tội và những tình tiết khác có ý nghĩa trong việc giải quyết vụ án"*. [62] Khoản 1 Điều 108 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021): *"Mỗi chứng cứ phải được kiểm tra, đánh giá để xác định tính hợp pháp, xác thực và liên quan đến vụ án. Việc xác định những chứng cứ thu thập được phải bảo đảm đủ để giải quyết vụ án hình sự"*.

[63] Điều 93, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015: *"Chứng cứ trong vụ việc dân sự là những gì có thật được đương sự và cơ quan, tổ chức, cá nhân khác giao nộp, xuất trình cho Tòa án trong quá trình tố tụng hoặc do Tòa án thu thập được theo trình tự, thủ tục do Bộ luật này quy định và được Tòa án sử dụng làm căn cứ để xác định các tình tiết khách quan của vụ án cũng như xác định yêu cầu hay sự phản đối của đương sự là có căn cứ và hợp pháp"*.

[64] Điều 108 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015:

"1. Việc đánh giá chứng cứ phải khách quan, toàn diện, đầy đủ và chính xác.

2. Tòa án phải đánh giá từng chứng cứ, sự liên quan giữa các chứng cứ và khẳng định tính hợp pháp, tính liên quan, giá trị chứng minh của từng chứng cứ".

nhau, nhưng chúng có chung một điểm là cần phải có tiêu chí đánh giá chấp nhận, các tiêu chí đánh giá đó phải dựa trên bản chất của việc hình thành chứng cứ, và các yêu cầu mà chứng cứ đó phải đáp ứng. Như vậy, dựa vào các tiêu chí chấp nhận chứng cứ, chứng cứ điện tử, của hệ thống Thông luật, Dân luật, luật Việt Nam kết hợp với việc thỏa mãn yêu cầu chứng minh, yêu cầu công nghệ hình thành nên chứng cứ điện tử, yêu cầu pháp lý làm cơ sở lý thuyết để các phần sau xây dựng tiêu chí chấp nhận chứng cứ điện tử.

3.2 Sự cần thiết của tiêu chí chấp nhận chứng cứ điện tử

3.2.1 Khái niệm chấp nhận chứng cứ điện tử

Chấp nhận chứng cứ điện tử là một quá trình kiểm tra, đánh giá chứng cứ, xem từng thực thể chứng cứ có đáp ứng các yêu cầu pháp lý, yêu cầu công nghệ, yêu cầu chứng minh, tích hợp của các thực thể chứng cứ điện tử là phù hợp với một giải thích thuyết phục để đưa vào sử dụng. Khi đáp ứng được tất cả các yêu cầu, tùy vào mục đích công việc cụ thể, chúng ta sử dụng chứng cứ như là một công cụ, nền tảng tư duy cho việc đi tìm chứng cứ mới, hay chứng minh cho sự việc, hiện tượng, một hành động nào đó đã diễn ra trong quá khứ. Đồng thời, dựa trên sự liên kết một cách khoa học, hợp lý của các chứng cứ làm rõ tình huống pháp lý đã xảy ra, định danh cá nhân, pháp nhân cụ thể nào đó có liên quan. Chấp nhận chứng cứ điện tử là một quá trình trong chu kỳ sử dụng chứng cứ điện tử, của một tình huống pháp lý cụ thể. Vị trí của chấp

nhận chứng cứ điện tử được mô tả trong hình 1.3 của Chương 1 của đề tài, là điều kiện để đưa chứng cứ điện tử vào sử dụng, thực hiện nghĩa vụ chứng minh hay phục vụ quá trình tiếp tục thu thập chứng cứ mới (Nguyễn Sơn Lâm, 2018).

3.2.2 Bản chất của chấp nhận chứng cứ điện tử

Việc chấp nhận chứng cứ điện tử là một quá trình tiếp theo của thu thập chứng cứ điện tử. Đồng thời, cũng là một điều kiện để một thực thể chứng cứ có thể đi theo các hướng: *Một là*, bị loại bỏ; *Hai là*, làm cơ sở tư duy cho việc tìm kiếm chứng cứ mới, thông qua quá trình thu thập chứng cứ điện tử*; Ba là*, đưa vào sử dụng xây dựng giả thuyết, phục vụ chứng minh một sự kiện pháp lý nào đó của các chủ thể tham gia tố tụng, hoặc của Tòa án hay các cơ quan tài phán khác.

Vì vậy, nếu việc thu thập chứng cứ điện tử phản ánh vật chất, nhận thức, công nghệ của chứng cứ điện tử, thì bản chất của quá trình chấp nhận chứng cứ điện tử *là một quá trình kiểm tra, đánh giá chứng cứ điện tử, nhằm sàng lọc phản ánh vật chất của chứng cứ điện tử, bổ sung, hoàn thiện một cách khoa học, tư duy logic về phản ánh nhận thức, phản ánh công nghệ của chứng cứ điện tử*.

3.2.3 Yêu cầu khách quan của các tiêu chí chấp nhận chứng cứ điện tử

Từ việc phân tích khái niệm, bản chất của chấp nhận chứng cứ điện tử, dựa vào cơ sở lý thuyết cho ta thấy, muốn thực hiện được việc chấp nhận chứng cứ điện tử cần thiết phải xây dựng các tiêu chí chấp nhận. Muốn chứng cứ điện tử được chấp nhận, thì nó phải được kiểm tra, đánh giá thỏa mãn 3 nhóm yêu cầu, đó là: Yêu cầu về pháp lý, yêu cầu về công nghệ, yêu cầu về chứng minh hay còn được xem là yêu cầu về tính hữu dụng của chứng cứ điện tử. Từng nhóm yêu cầu có các tiêu chí cụ thể thì mới kiểm tra, đánh giá được chứng cứ điện tử. Chính vì vậy, việc làm rõ các tiêu chí trong từng nhóm yêu cầu là một đòi hỏi khách quan của quá trình chấp nhận chứng cứ điện tử. Tiếp theo, cần tìm hiểu xem từng nhóm yêu cầu cần có những loại tiêu chí nào.

Yêu cầu chứng minh là yêu cầu quan trọng, mang tính nội dung, định hướng cho việc chấp nhận chứng cứ điện tử. Tuy nhiên, yêu cầu chứng minh thì rất đa dạng, phong phú, nó xuất phát từ tình huống pháp lý, tình huống xử lý sự cố máy tính và yêu cầu của đương sự trong vụ kiện dân sự; đặc biệt trong lĩnh vực hình sự, yêu cầu chứng minh còn phải đáp ứng 4 yếu tố cấu thành tội phạm, nên không thể nêu tiêu chí chung được mà phải là tiêu chí cụ thể cho từng tình huống, trong điều kiện kết hợp với Điều 85 Bộ luật Tố tụng Hình sự và Điều 91, 92 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 của pháp luật Việt Nam .

Các tiêu chí chấp nhận chứng cứ điện tử, bắt buộc phải xem xét đến đặc tính riêng có của chứng cứ điện tử, bị ảnh hưởng từ các nhân tố như: Chứng cứ điện tử phụ thuộc vào thiết bị, phương tiện, phần mềm; công nghệ khác nhau hiển thị chứng cứ khác nhau; tốc độ thay đổi công nghệ rất nhanh; dung lượng lớn, sao chép rất nhanh, tán phát không lệ thuộc biên giới vật lý, bản sao giống như bản gốc, siêu dữ liệu có thể bị thay đổi do vô ý hoặc cố ý; chứng cứ điện tử rất dễ bay hơi, hư hỏng, có khi không có bản gốc; không thể hiểu được chứng cứ điện tử nếu không biết được bối cảnh hình thành hoặc khung tình huống phân tích. Để kiểm tra, đánh giá được các yếu tố công nghệ tác động đến chứng cứ điện tử như trên cần phải xây dựng bộ tiêu chí đánh giá thỏa mãn yêu cầu công nghệ bao gồm: Tính khoa học của mô hình điều tra kỹ thuật số, tính hợp pháp và độ tin cậy của công cụ pháp y kỹ thuật số, bảo đảm thực hiện chuỗi hành trình lưu ký, năng lực phân tích pháp y kỹ thuật số, chất lượng phòng thí nghiệm pháp y kỹ thuật số, khả năng xác minh tính toàn vẹn về chứng cứ điện tử, nhân chứng chuyên gia pháp y kỹ thuật số, báo cáo pháp y kỹ thuật (Stephen Mason and Daniel Seng, 2017).

Yêu cầu chứng minh mang tính nội dung, bởi chính yêu cầu này quyết định cần chứng cứ điện tử có nội dung như thế nào để chứng minh tình huống pháp lý. Yêu cầu công nghệ mang tính phương pháp, bởi công nghệ để cần thu thập nội dung chứng cứ điện tử ấy được sử dụng phương pháp nội dung và phương pháp hình thức nào. Yêu cầu pháp lý về chấp nhận chứng cứ điện tử biểu hiện tính hình thức bên ngoài của chứng cứ điện tử, nó phải phản ánh được yêu cầu chứng minh và yêu cầu công nghệ của chứng cứ điện tử. Vì vậy, tiêu chí của yêu cầu pháp lý bao gồm những yếu tố khách quan như: Tính hợp pháp nó phản ánh tự thân của yêu cầu pháp lý; tính liên quan và tính hữu dụng nó phản ánh yêu cầu chứng minh; tính xác thực nó phản ánh yêu cầu công nghệ đồng thời nó cũng phản ánh yêu cầu chứng minh; tính toàn vẹn và độ tin cậy của chứng cứ điện tử nó phản ánh được yêu cầu công nghệ của chứng cứ điện tử. Tóm lại, dựa trên sự phân tích trên cho phép chúng ta kết luận, yêu cầu khách quan cho pháp luật của Việt Nam hiện thời, muốn chấp nhận chứng cứ điện tử thì yêu cầu pháp lý phải thoả các tiêu chí như: *Tính liên quan, tính xác thực, tính hợp pháp, độ tin cậy, tính hữu dụng và tính toàn vẹn*.

Trong 3 yêu cầu chấp nhận chứng cứ, yêu cầu chứng minh mang tính nội dung quyết định. Yêu cầu công nghệ mang tính phương pháp, công cụ tiến hành thực hiện, nhằm thu thập đầy đủ chứng cứ điện tử để hình thành một giả thuyết chứng minh tình huống pháp lý đã xảy ra. Yêu cầu pháp lý mang tính hình thức bên ngoài, phản ánh các

yêu cầu thể hiện nội dung và phương pháp, xác định địa vị pháp lý của chứng cứ điện tử, được Tòa án và các cơ quan tài phán khác làm căn cứ chấp nhận hay không chấp nhận chứng cứ điện tử.

3.3 Nội dung yêu cầu pháp lý

3.3.1. Tính liên quan

Mỗi chứng cứ phải được kiểm tra, đánh giá để xác định tính hợp pháp, xác thực và *liên quan* đến vụ án[53] hay Tòa án phải đánh giá từng chứng cứ, sự liên quan giữa các chứng cứ và khẳng định tính hợp pháp, *tính liên quan*, giá trị chứng minh của từng chứng cứ[66]. Như vậy, tính liên quan được pháp luật Việt Nam xem là một trong những tiêu chí để kiểm tra, đánh giá chứng cứ. Nếu chứng cứ có liên quan đến tình tiết trong vụ án hình sự, hay vụ án dân sự thì có khả năng chấp nhận chứng cứ, ngược lại thì không (Nguyễn Sơn Lâm, 2018). Chứng cứ điện tử là một loại hình của chứng cứ, nên theo luật định muốn chấp nhận thì phải đáp ứng tiêu chí tính liên quan. Tuy nhiên, nội dung của tính liên quan thì không được giải thích cụ thể, như thế nào là liên quan, sự thể hiện của tính liên quan là như thế nào, nội hàm của tính liên quan ra sao. Tất cả chưa được pháp luật Việt Nam làm rõ.

Tính liên quan theo Luật Chứng cứ của Mỹ được định nghĩa tại Quy tắc 401, Điều IV như sau: "Chứng cứ có liên quan nếu: (a) Nó có xu hướng chứng minh cho sự tồn tại tài liệu là sự thật hoặc không có thể xảy ra nó sẽ không là chứng cứ; và (b) sự thật là hệ quả trong việc xác định một hành vi"[54]. Từ định nghĩa này cho phép ta khẳng định, tính liên quan của chứng cứ là một thể hiện thông tin về kết quả từ một hành vi, hành động nào đó đã xảy ra trong quá khứ có liên quan đến tình huống pháp lý đang xem xét, và thông tin ấy là tồn tại một sự thật khách quan, bởi lẽ nó đã được chứng minh bằng một tài liệu là sự thật, đã được xác thực.

Khi con người hoạt động trên không gian mạng để lại dấu vết, đó là những dữ liệu điện tử phản ánh hai việc, một là nội dung liên quan đến hoạt động, hai là thông tin định danh liên quan đến chủ thể, phương tiện, thời gian, địa điểm và công nghệ thực hiện nội dung ấy. Nếu có tình huống pháp lý xảy ra, thu thập được những thông tin này thì đây là chứng cứ điện tử tiềm năng của tình tiết pháp lý trong tổng thể tình huống. Như vậy, cho thấy tính liên quan của chứng cứ điện tử có 2 phần: Một phần là

[53] Khoản 1 Điều 108 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021). [66] Khoản 2 Điều 108 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

[54] Rule 401, Article IV Federal rules of evidence; December 1, 2019

liên quan nội dung, một phần là liên quan định danh. Liên quan nội dung thì đã rõ, ví dụ một người đăng nhập vào trang web để đăng tải một thông tin về bán hàng trực tuyến thì liên quan nội dung chính là thông tin được đăng tải. Liên quan định danh nó bao gồm: Chủ thể có thể là một nickname, hoặc một tài khoản đăng nhập nào đó để con người sử dụng trên không gian mạng, chưa thể xác định cụ thể chính xác là ai, cần phải xác định được sự liên quan đến con người thực tế; địa điểm cũng vậy, chỉ là một dãy địa chỉ IP cần phải được nhà cung cấp dịch vụ Internet cung cấp một địa chỉ vật lý tương ứng với nó. Liên quan nội dung thì chỉ cần xem xét nội dung có liên quan đến tình huống pháp lý không là đủ, liên quan định danh thì phải được xác minh xem liên quan đến người, tổ chức thực, phương tiện, địa điểm thực hiện cụ thể là ở đâu theo địa chỉ vật lý, theo cách nào đó nội dung liên quan phải được cá thể hóa.

Tóm lại, đối với chứng cứ điện tử có thể vận dụng pháp luật Việt Nam và hệ thống Thông luật, Dân luật để xem tính liên quan là một trong những tiêu chí chấp nhận chứng cứ, nhưng luật cũng cần quy định rõ về nội hàm, yêu cầu xác định tính liên quan thì người thực thi mới dễ dàng thực hiện, và thể hiện tính minh bạch trong chấp nhận chứng cứ. Lưu ý tính liên quan của chứng cứ điện tử có hai phần đó là liên quan nội dung và liên quan định danh. Liên quan nội dung để xác định nội dung sự kiện, liên quan định danh giúp cá thể hóa liên quan nội dung.

3.3.2. Tính xác thực

Mỗi chứng cứ phải được kiểm tra, đánh giá để xác định tính hợp pháp, *xác thực* và liên quan đến vụ án[55]. Đối với chứng cứ trong tố tụng dân sự không có quy định đánh giá tính xác thực của chứng cứ. Theo đó, Tòa án phải đánh giá từng chứng cứ, sự liên quan giữa các chứng cứ và khẳng định tính hợp pháp, tính liên quan, giá trị chứng

minh của từng chứng cứ[56]. Trong khi đó tại Điều 93 của Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 thì *"Chứng cứ trong vụ việc dân sự là những gì có thật…"*. Từ *"có thật"* ở đây có thể được hiểu là tính xác thực của chứng cứ. Như vậy, pháp luật Việt Nam cũng xem tính xác thực là một tiêu chí để chấp nhận chứng cứ, chứng cứ điện tử là một loại hình chứng cứ có nguồn là dữ liệu điện tử. Do đó, tính xác thực cũng là một tiêu chí để chấp nhận loại hình chứng cứ điện tử. Hiện nay, pháp luật Việt Nam không nêu rõ về nội hàm và yêu cầu của tính xác thực của chứng cứ điện tử, không nêu rõ quy tắc cho

[55] Khoản 1 Điều 108 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021).
[56] Khoản 2 Điều 108 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

tính xác thực chứng cứ; ở đây, chúng ta cần làm rõ vấn đề này nhằm thực thi pháp luật của các chủ thể tham gia tố tụng mang lại hiệu quả hơn.

Luật Chứng cứ Mỹ tại Điều IX, Quy tắc 901 (a) thì *"Để đáp ứng yêu cầu xác thực hoặc xác định một hạng mục chứng cứ, người cung cấp chứng cứ phải đưa ra chứng cứ đủ để chứng minh rằng hạng mục đó đúng như những gì mà người cung cấp công bố"*. Điều đó cho phép chúng ta hiểu tính xác thực là một hành động dùng công cụ chứng cứ để chứng minh một loại chứng cứ nào đó tồn tại sự thật khách quan. Bên cạnh, Luật Chứng cứ Mỹ tại Điều IX, Quy tắc 901(b) và Quy tắc 902 đưa ra một số biện pháp xác thực chứng cứ. Từ đây, có cơ sở đề xuất một số biện pháp xác thực chứng cứ điện tử cải tiến hệ thống pháp luật Việt Nam.

a. Lời khai của nhân chứng có kiến thức

Lời khai của nhân chứng có kiến thức là lời khai của người tạo ra, lưu trữ, quản lý thực tế dữ liệu điện tử nguồn của chứng cứ điện tử đang có yêu cầu xác thực, hoặc người tạo ra, thu thập, duy trì, bảo quản dữ liệu điện tử này. Lời khai ấy chính là chứng cứ chứng minh cho chứng cứ điện tử có yêu cầu được xác thực (Nguyễn Hải An, 2019). Ví dụ một tài liệu file word được thu giữ ở cơ sở dữ liệu được lưu trữ ở máy chủ của công ty A, thì lời khai của anh B là người quản trị hệ thống hoặc người có trách nhiệm quản lý hệ thống, hay người soạn văn bản này sẽ là lời khai nhân chứng có kiến thức, hay người làm công việc chuyên môn, nhưng họ có kiến thức để sử dụng ứng dụng công nghệ thông tin cho công việc của họ, ví dụ sử dụng phần mềm cho công việc chuyên môn kế toán, của nhân viên kế toán công ty.

Hiện nay, pháp luật Việt Nam chưa quy định cụ thể về vấn đề này. Các quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021) và Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 như Điều 91. Lời khai của người làm chứng[57], quy định còn chung chung; Điều 186. Lấy lời khai người làm chứng[58] quy định chủ yếu về thủ tục lấy lời khai người làm chứng; Điều 77; Khoản 1, 2, Điều 78; Khoản 5, Điều 95[72] còn khá mơ hồ, Điều 99[59] chủ yếu là thủ tục lấy lời khai, không áp dụng được trong trường hợp này. Đây là điều cần thiết, cần phải được quy định chặt chẽ, như thế nào là nhân chứng có kiến thức bởi vì chính nhân chứng này mới hiểu rõ quá trình hình thành hạng

[57] Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021).

[58] Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015(sửa đổi, bổ sung năm 2021). [72]
Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

[59] Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

mục chứng cứ điện tử này, lời khai của họ giúp cho việc giải thích, lập luận hình thành chứng cứ là khách quan và có điều kiện để kiểm tra, đánh giá tính xác thực của hạng mục chứng cứ điện tử. Muốn thực hiện điều này pháp luật Việt Nam cần dựa vào Mục b Khoản 1 Điều 87[60], và khoản 4 Điều 94[75] để bổ sung quy định về nhân chứng có kiến thức vào Bộ luật Tố tụng Hình sự và Bộ luật Tố tụng Dân sự.

b. Nhân chứng chuyên môn hoặc người kiểm chứng thực tế

Trong thông tin liên lạc điện tử thí dụ qua email, khi nó không tự xác thực được thì sử dụng nhân chứng lời trình bày của chuyên gia, hoặc kiểm chứng thực tế, bằng sự so sánh nó với các mẫu đã được xác thực (Nguyễn Hải An, 2019).

Ví dụ 1: Một tình huống pháp lý, trong các email trao đổi liên lạc giữa nguyên đơn và bị đơn, cần xác thực còn một số email có chứa địa chỉ ncbcongtyA.nguyentrai@HCMcity.com không rõ người nhận và người gửi. Chủ thể tham gia tố tụng có thể sử dụng phương pháp xác thực bằng cách so sánh email này với các email đã được xác thực để kết luận về tính xác thực của nó. Khi phân tích ncbcongtyA.nguyentrai@HCMcity.com thấy trong địa chỉ email này có những thông tin tương đồng với việc bị đơn làm việc tại công ty A có trụ sở tại 44 Nguyễn Trãi, Tp. Hồ Chí Minh. Nội dung của những email này có các luồng thông tin tương ứng, phù hợp với các email đã được xác thực, nơi ký tên của các email bị đơn gửi cho nguyên đơn là Nguyễn Công Bằng nhân viên bán hàng công ty A, 44 Nguyễn Trãi, Tp Hồ Chí Minh. Hội đồng xét xử kết luận những email có chứa địa chỉ ncbcongtyA.nguyentrai@HCMcity.com có hình thức, nội dung, mẫu giống như những email đã được xác thực, kết luận tính sự thật khách quan của các email là có, không ngụy tạo, tính xác thực của chứng cứ điện tử, thông tin liên lạc điện tử dạng email được công nhận.

Ví dụ 2: Thu trên facebook của C, facebook của B và A điều có bức ảnh của D. Trong máy iPhone của A có bức ảnh của D. Vấn đề đặt ra là làm rõ nguồn gốc từ đâu mà có bức ảnh của D trên facebook của C, B, A và được lưu trong iPhone của A, để từ đó xác định các tình tiết khác. Có nhiều cách để giải quyết vấn đề này, nhưng ở đây chúng ta chọn cách giải quyết bằng nhân chứng chuyên môn và kiểm chứng thực tế để

[60] Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021). [75]
Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

làm rõ phương pháp này. Nhân chứng chuyên môn đọc siêu dữ liệu[61] của bức ảnh D lưu trên iPhone của máy A sẽ rõ địa điểm, thời gian, công nghệ, thiết bị chụp bức ảnh và xác định tính xác thực của ảnh D. Sau đó dùng nó làm mẫu, kiểm tra thực tế so sánh với các bức ảnh còn lại cho kết quả chúng là một, nhân bản của ảnh D được lưu trên máy A. Từ đó, ta kết luận tính xác thực của các bức ảnh trên facebook của A, B, C.

Xét về biện pháp điều tra để thu thập chứng cứ thì đây là biện pháp tương đồng với biện pháp giám định được quy định trong pháp luật Việt Nam. Nhưng Điều 205, 206, 207 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021), Điều 102 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 chưa có quy định về giám định pháp y Kỹ thuật số, công nghệ thông tin, điện tử. Điều 18, 19, 20 Luật Giám định Việt Nam[62] về giám định tư pháp theo vụ việc, Thông tư số 24/2013/TT-BTTTT ngày 27/12/2013 quy định về giám định tư pháp trong lĩnh vực thông tin truyền thông có giám định lĩnh vực viễn thông, công nghệ thông tin, điện tử nhưng rất chung chung; chủ yếu là quy định về tổ chức, tiêu chuẩn bổ nhiệm giám định viên, thủ tục giám định, không quy định các quy tắc về giám định tư pháp trong lĩnh vực công nghệ thông tin, viễn thông. Đây là vấn đề quan trọng trong việc xử lý tình huống pháp lý cần phải được giám định pháp y kỹ thuật số nghiêm túc, bài bản, thiết nghĩ Bộ luật Tố tụng Hình sự, Dân sự cần quy định rõ vấn đề này và việc sử dụng lời khai nhân chứng chuyên môn với tư cách là giám định viên tư pháp hay chỉ là nhân chứng chuyên môn. Bên cạnh đó, Luật Giám định cũng cần làm rõ các chế định về giám định tư pháp trên lĩnh vực quan trọng này.

c. Báo cáo và hồ sơ điện tử công khai

Đó là những loại tài liệu văn bản dưới dạng dữ liệu điện tử công khai, ví dụ chính sách mua bán hàng của một trang web công ty, thông báo chiêu sinh của một trường đại học, báo cáo tổng kết tài chính của công ty cho cổ đông… Chỉ cần được người quản lý hệ thống xác nhận và giải thích đầy đủ các quy trình, nội dung hoặc các thuật ngữ trên đó là đủ tính xác thực, hoặc người có trách nhiệm xác nhận đúng là đủ (Nguyễn Hải An, 2019). Các loại tài liệu dưới dạng dữ liệu điện tử được công ty kinh doanh hoặc đơn vị, tổ chức thường xuyên, định kỳ tạo nên; ví dụ chứng từ, hóa đơn, báo cáo tài chính, các tiện ích công, dịch vụ công, chỉ cần được kiểm tra ở đơn vị chủ quản có sự tồn tại là chứng cứ điện tử có được tính xác thực. Pháp luật Việt Nam chưa

[61] Siêu dữ liệu (*metadata*) là dạng dữ liệu điện tử, nhằm mô tả chi tiết thông tin về: cấu trúc của dữ liệu, thuật toán sử dụng để tổng hợp dữ liệu, ánh xạ xác định sự tương ứng dữ liệu từ môi trường tác nghiệp sang kho dữ liệu, tất cả các thông tin về hình thành, thay đổi của dữ liệu điện tử mà chúng ta đang quan tâm. (tác giả)

[62] Luật Giám định tư pháp ngày 20/6/2012; sửa đổi, bổ sung ngày 10/6/2020

thấy có quy định này, đây là điều rất dễ thực hiện, thiết nghĩ pháp luật nên có cụ thể hóa các điều khoản cho phép sự xác thực này.

d. Ấn phẩm điện tử chính thức của cơ quan công quyền

Sách, tài liệu, ấn phẩm khác, email, bản tin, web của cơ quan công quyền tự nó có tính xác thực. Ngoài ra, còn có các loại chứng cứ điện tử được sao chép từ cơ quan công quyền, chỉ cần được các cơ quan đó xác nhận là đủ tính xác thực. Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021) chưa có hướng dẫn thực hiện vấn đề này, tuy nhiên trên thực tế, cơ quan công tố đã vận dụng để thực hiện chấp nhận chứng cứ điện tử có chữ ký của của người có trách nhiệm trên các bản sao chép. Trong lĩnh vực dân sự có thể vận dụng Điều 95 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 để xác định chứng cứ điện tử.

e. Hồ sơ thương mại điện tử của một công ty

Email, bản tin, hóa đơn, chứng từ, hợp đồng của công ty, báo cáo tài chính … dưới dạng dữ liệu điện tử, được công bố, truyền tải có nguồn gốc từ một công ty hợp pháp thì tự nó cũng được xác thực (Nguyễn Hải An, 2019). Trên thực tế, cơ quan tư pháp đã vận dụng các quy định hiện hành trong Luật Tố tụng để thực hiện chấp nhận, hoặc không chấp nhận chứng cứ điện tử có chữ ký của của công ty, hoặc người làm chứng, hay người sở hữu tài liệu, mặc dù luật chưa có quy định.

f. Hồ sơ điện tử của chính phủ điện tử, dịch vụ công

Chỉ cần xác định đúng với bản gốc, hoặc được truy xuất từ chính nơi lưu trữ, quản lý là có tính tự xác thực. Đây là loại hồ sơ điện tử rất dễ xác thực bởi vì nó được lưu trữ bởi các doanh nghiệp dịch vụ công. Ví dụ như hồ sơ công chứng được số hóa, hải quan, thuế điện tử, hồ sơ cải chính nhân thân, hồ sơ kết hôn, cư trú từ chính phủ điện tử. Việt Nam đang từng bước xây dựng chính phủ điện tử, dịch vụ công đang trên đà số hóa, đặc biệt trong trường hợp dịch vụ công phục vụ nền kinh tế số, thiết nghĩ pháp luật việt Nam cũng nên sớm cụ thể hóa, tính xác thực trong trường hợp này để làm cơ sở cho việc chấp nhận chứng cứ điện tử (Lê Văn Thiệp, 2016).

g. Sử dụng hàm băm

Có thể diễn đạt hàm băm (*hash function*) một cách đơn giản, dễ hiểu nhất, nó là một hàm toán học được viết dưới dạng thuật toán, nó có nhiệm vụ nhận đầu vào là một khối dữ liệu điện tử và đầu ra gồm một chuỗi ký tự nhất định gọi là khóa. Như vậy, nếu hai khối dữ liệu giống nhau thì cùng một hàm băm nó sẽ cho ra một chuỗi ký tự như

nhau, hay có cùng một khóa. Người ta sử dụng đặc điểm này để xác thực chứng cứ điện tử (Rothstein, B., Hedges, R., & Wiggins, E., 2007). Các thuật toán hàm băm thường được sử dụng có MD5, SHA1, SHA2, SHA3 và còn nhiều nữa.

Một tài liệu được sao chép là một khối dữ liệu không thể kiểm tra bằng mắt thường, và không thể so sánh bình thường vì nó lớn, tốn thời gian và chưa chắc chính xác. Nên khi sao chép người ta thường sử dụng hàm băm để sinh ra khóa gắn vào khối dữ liệu gốc và khối dữ liệu bản sao, khi cần kiểm tra xác thực nó chỉ cần kiểm tra các khóa của dữ liệu này trùng là đúng. Luật Việt Nam chưa có hướng dẫn thực hiện vấn đề này, nhưng trên thực tế việc dùng hàm băm để sao chép dữ liệu, tạo đĩa sao để phân tích phục hồi dữ liệu điện tử đã được thực hiện và mặc nhiên thừa nhận. Người thừa nhận chứng cứ loại này, cũng không biết tại sao họ lại phải tin rằng đó là sự thật, và người muốn phản bác thì cũng không biết cách từ đâu. Luật cần phải rõ ràng, minh bạch là ở đây, cần có văn bản pháp quy quy định rõ loại hàm băm nào được dùng, phải được dùng trong trường hợp nào, không được dùng trong trường hợp nào, công cụ thương mại của nó là loại nào.

h. Sử dụng siêu dữ liệu (metadata)

Hầu hết các dữ liệu điện tử được tạo ra, truyền dẫn, luôn đi kèm với một loại dữ liệu thông tin về dữ liệu, đó gọi là siêu dữ liệu, nó thường là ẩn với người dùng. Các loại thông tin mà siêu dữ liệu chứa thông tin về cấu trúc dữ liệu là cách lưu trữ dữ liệu, ví dụ cấu trúc cây, mảng, hàng đợi… thuật toán để tổng hợp dữ liệu và với việc xác thực chứng cứ điện tử, người ta thường dùng ánh xạ xác định sự tương ứng dữ liệu từ môi trường tác nghiệp vào kho dữ liệu, ví dụ một bức ảnh được chụp bằng thiết bị kỹ thuật số, siêu dữ liệu sẽ lưu lại vị trí, thời gian, công nghệ, thiết bị, ảnh được sửa lại vào lúc nào, mở xem, sao chép lúc nào… vào dữ liệu đi kèm với dữ liệu bức ảnh. Người ta sử dụng thông tin của siêu dữ liệu để xác định nguồn gốc của dữ liệu phản ánh chứng cứ điện tử, tức là sử dụng siêu dữ liệu để xác thực chứng cứ điện tử (Cucu, L., 2007). Lưu ý siêu dữ liệu rất khó thay đổi, nhưng là khó chứ không phải là không. Luật Việt Nam cần phải cụ thể hóa việc công nhận siêu dữ liệu, làm chứng cứ xác thực, nhưng cần phải hướng dẫn rõ, loại tài liệu nào có loại siêu dữ liệu nào, cách thức, phương pháp, công cụ thu thập siêu dữ liệu, các rủi ro gặp phải thay đổi siêu dữ liệu cần phải được kiểm tra, thường xuyên cập nhật sự thay đổi công nghệ trong lĩnh vực này bằng hướng dẫn giải thích của cấp có thẩm quyền.

i. Xác thực qua lời trình bày của nhân chứng chuyên gia

Khi có sử dụng một phương thức, công cụ khác, tạm gọi là mới hoặc sử dụng một công nghệ cần đòi hỏi phải có trình độ chuyên sâu trong lĩnh vực này, để thu thập chứng cứ điện tử, thiết nghĩ cần nên trưng cầu ý kiến chuyên gia, cần ở họ lời trình bày, giải thích cặn kẽ về cơ chế hoạt động của quy trình công nghệ, hiệu quả của công cụ, độ rủi ro của nó, nguy cơ có thể gặp phải, đánh giá thành công hay thất bại (Lê Văn Thiệp, 2016). Xem lời trình bày của họ trong trường hợp cụ thể là lời khai chuyên gia để đánh giá tính xác thực của chứng cứ. Luật Việt Nam cần phải cụ thể hóa vấn đề này, nhưng cũng phải thận trọng về quyền lợi và nghĩa vụ, trách nhiệm tương xứng, tiêu chuẩn về chuyên gia thật cụ thể cho từng lĩnh vực. Không thể có một chuyên gia trên nhiều lĩnh vực khác nhau.

j. Xác thực dựa trên quy trình hệ thống

Hệ thống mạng máy tính, hệ thống thông tin, hoạt động có quy trình theo chuẩn ISO, chính sách bảo mật, chính sách người dùng, quản lý rõ ràng minh bạch, chính sách kinh doanh cụ thể thì các tài liệu kỹ thuật số được sản sinh từ đây, khi được công bố làm chứng cứ điện tử khả năng xác thực được là rất lớn.

Các biện pháp để xác định tính xác thực của chứng cứ điện tử như đã nêu trên chưa phải là đầy đủ, cần phải nghiên cứu theo chuyên đề hẹp, sâu hơn nữa mới có thể có giá trị cao hơn. Đặc biệt ở góc độ kỹ thuật, cần nghiên cứu sâu, dùng kỹ thuật, công nghệ để đánh giá tính xác thực, theo tác giả là hữu hiệu nhất đối với chứng cứ điện tử. Ví dụ với công nghệ web, thì những loại dữ liệu nào mang nét đặc trưng của chứng cứ điện tử, thu thập được nó thì chứng cứ ấy có tính xác thực không thể chối cãi được. Đáng tiếc đề tài này không nghiên cứu ở góc độ kỹ thuật, nên không thể đáp ứng đòi hỏi đó là điều hiển nhiên. Góc độ pháp luật trong bối cảnh Việt Nam, thấy cần phải luật hóa cụ thể các biện pháp nêu trên, là yêu cầu bức thiết của đời sống xã hội. Một hạng mục chứng cứ điện tử, hoặc một nhóm hạng mục chứng cứ điện tử, có thể dùng một biện pháp hoặc tổng hợp nhiều biện pháp, mới xác định được tính xác thực của chứng cứ điện tử.

3.3.3. Tính hợp pháp

Chứng cứ là những gì có thật, được thu thập theo trình tự, thủ tục do Bộ luật này quy định[63]. Chứng cứ trong vụ việc dân sự là những gì có thật được đương sự và cơ quan, tổ chức, cá nhân khác giao nộp, xuất trình cho Tòa án trong quá trình tố tụng hoặc do Tòa án thu thập được theo trình tự, thủ tục do Bộ luật này quy định và được

[63] Điều 86 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021). [79]
Điều 93 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

Tòa án sử dụng làm căn cứ để xác định các tình tiết khách quan của vụ án cũng như xác định yêu cầu hay sự phản đối của đương sự là có căn cứ và hợp pháp[79]. Như vậy chúng ta đều thấy yêu cầu của chứng cứ theo pháp luật Việt Nam là phải có tính hợp pháp, có nghĩa là các hoạt động thu thập chứng cứ, đánh giá chấp nhận, sử dụng chứng cứ phải tuân thủ theo Bộ luật Tố tụng Hình sự và Bộ luật Tố tụng Dân sự. Chứng cứ điện tử là loại chứng cứ nên cũng phải có tính này. Tuy vậy, với pháp luật Việt Nam hiện thời, chứng cứ điện tử khó mà có được tính hợp pháp nếu không quan tâm khắc phục những thiếu sót pháp lý.

Vấn đề quyền riêng tư, Điều 21 Hiến pháp năm 2013 quy định *"Mọi người có quyền bất khả xâm phạm về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân và bí mật gia đình; có quyền bảo vệ danh dự, uy tín của mình. Thông tin về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình được pháp luật bảo đảm an toàn. Mọi người có quyền bí mật thư tín, điện thoại, điện tín và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư khác. Không ai*

được bóc mở, kiểm soát, thu giữ trái luật thư tín, điện thoại, điện tín và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư của người khác". Để đáp ứng được yêu cầu thu thập chứng cứ trong lĩnh vực hình sự, pháp luật cho phép khám xét người, chỗ ở, nơi làm việc, địa điểm, phương tiện, tài liệu, đồ vật, thư tín, điện tín, bưu kiện, bưu phẩm, dữ liệu điện tử[64]; khám xét chỗ ở, nơi làm việc, địa điểm, phương tiện[65]; thu giữ phương tiện điện tử, dữ liệu điện tử[66]; thu giữ thư tín, điện tín, bưu kiện, bưu phẩm tại cơ quan, tổ chức bưu chính, viễn thông[67].

Nếu chúng ta vận dụng Điều 192, 195 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021) xem máy tính, điện thoại thông minh như phương tiện, đồ vật để ra lệnh khám xét thì đó là một sự vận dụng tùy tiện. Quy định như vậy là chưa đủ để cho phép thu thập chứng cứ điện tử ở máy tính, hệ thống máy tính, điện thoại, vì chúng ta đều biết hiện nay máy tính, điện thoại thông minh chứa rất nhiều thông tin thuộc về quyền riêng tư mà Hiến pháp bảo vệ, nó không phải của chỉ một người mà có liên quan đến nhiều người khác. Nếu không có lệnh khám xét máy tính, điện thoại mà tự động xâm nhập khám xét thì vi phạm Hiến pháp, việc thu thập dữ liệu điện tử, trong trường hợp hệ thống máy tính đang hoạt động cũng cần phải được cho phép, vì có như vậy mới bảo đảm được quyền riêng tư của người khác. Với quy định của pháp luật hiện

[64] Điều 192 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021).
[65] Điều 195 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021).
[66] Điều 196 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021).
[67] Điều 197 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021).

nay thì đa phần chứng cứ điện tử ở Việt Nam đang sử dụng là không hợp pháp, ngoại trừ được tự nguyện giao nộp, hoặc cung cấp của cơ quan công quyền. Câu chữ trong các điều luật nêu trên có liên quan đến chứng cứ điện tử cũng cần phải được xem lại, ví dụ "khám xét người ... dữ liệu điện tử"[68] dữ liệu điện tử ta không thể khám xét được mà phải tìm kiếm, thu thập, khai thác và phân tích thông tin mà nó mang.

"Phương tiện" ở đây nói rõ là phương tiện trong lĩnh vực nào. Luật Việt Nam thì có rất nhiều, nhưng để ứng xử hiệu quả với chứng cứ điện tử, thì không có một văn bản pháp quy nào mang lại hiệu quả, cho việc thực thi tính hợp pháp của chứng cứ điện tử. Sở dĩ lâu nay, cái gọi là chứng cứ điện tử được sử dụng trong các vụ án hình sự mà có hiệu quả là do: Ngầm chấp nhận giữa các cơ quan tố tụng, phớt lờ những sai phạm khác, xem nhẹ tính chất hợp pháp, chú trọng tính liên quan và tính xác thực; vai trò vị trí của luật sư trong tố tụng hình sự Việt Nam rất hạn chế. Trong lĩnh vực dân sự, sử dụng chứng cứ điện tử được chấp nhận, hay không là chuyện không tưởng đối với Thẩm phán, vì căn cứ để chấp nhận không được hướng dẫn, niềm tin vào tính hợp pháp, tính xác thực chứng cứ không có.

Muốn tính hợp pháp được thực hiện nghiêm, việc đầu tiên là vấn đề pháp y cần phải thay đổi nhận thức, pháp y không đồng nghĩa giám định, không đồng nghĩa giám định tâm thần, giám định y khoa, giám định tử thi, hay chỉ có trong lĩnh vực y học. Pháp y nội hàm của nó bao quát hơn nhiều, rộng lớn hơn nhiều. Khoa học pháp y áp dụng khoa học tự nhiên, vật lý và xã hội để giải quyết các vấn đề pháp lý. Thuật ngữ pháp y đã được gắn với nhiều lĩnh vực khác nhau: Kinh tế, nhân chủng học, nha khoa, bệnh học, độc chất học, côn trùng học, tâm lý học, kế toán, kỹ thuật và pháp y máy tính (Marasa, M. H., Mirandab, M. D., 2014). Do yếu tố lịch sử nên người ta thường gọi là pháp y máy tính nhưng thực tế thuật ngữ pháp y kỹ thuật số là chính xác hơn.

Pháp y kỹ thuật số là hoạt động thu thập, phân tích và báo cáo dữ liệu kỹ thuật số theo cách được pháp luật chấp nhận (Pande, J., & Prasad, A., 2015). Theo tác giả, pháp y kỹ thuật số là một tiến trình ứng dụng công nghệ thông tin kết hợp với các biện pháp điều tra để thu thập chứng cứ điện tử, phục vụ cho công tác xét xử của Tòa án, các cơ quan tài phán khác. Chính vì vậy, pháp luật Việt Nam cần nên sớm thay đổi nhận thức và luật hóa vấn đề này. Nên chăng, cần có quyết định trưng cầu điều tra pháp y kỹ thuật số, để nó sớm trở thành một biện pháp điều tra kỹ thuật số một cách hợp pháp, có như

[68] Điều 192 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021).

vậy, chứng cứ điện tử thu được qua biện pháp pháp y kỹ thuật số mới có tính hợp pháp. Đồng thời, vấn đề Pháp y trong luật pháp Việt Nam cũng cần được xây dựng thành Luật, thật rõ ràng cụ thể.

Trong mục nghĩa vụ cung cấp chứng cứ điện tử của bên thứ ba ở Chương 2, chúng ta đã trình bày rất rõ về nghĩa vụ cung cấp chứng cứ điện tử của bên thứ ba. Ở phần này, không nên lặp lại, nhưng để bảo đảm tính pháp lý của chứng cứ điện tử, pháp luật nên quy định rõ ràng và minh bạch, có chế tài công bằng, tương xứng, để thu thập chứng cứ điện tử từ bên thứ ba gặp được nhiều thuận lợi, hiệu quả. Đồng thời, phải đáp ứng yêu cầu bình đẳng cho tất cả các chủ thể tham gia tố tụng trong mọi lĩnh vực, bởi lẽ, khi đó việc cung cấp chứng cứ điện tử của bên thứ ba sẽ được hợp pháp, ràng buộc trách nhiệm pháp lý, thể hiện tính hợp pháp của chứng cứ.

Tính hợp pháp là một yêu cầu bắt buộc trong việc chấp nhận chứng cứ điện tử của pháp luật Việt Nam. Chứng cứ điện tử không hợp pháp thì không được chấp nhận, dù cho nó có giá trị sử dụng đến đâu cũng bị từ chối và nếu việc thu thập vi phạm pháp luật vẫn bị xử lý theo pháp luật hiện hành.

3.3.4. Độ tin cậy của chứng cứ điện tử

Pháp luật Việt Nam không có quy định khái niệm về độ tin cậy của chứng cứ. Chứng cứ điện tử được thu thập trong môi trường kỹ thuật, trong không gian mạng; từ thu thập, xử lý đến kiểm tra, phân tích, đánh giá đều phải thông qua môi trường kỹ thuật, không thể quan sát, kiểm tra trực tiếp bằng giác quan của con người được.

Chính vì vậy, độ tin cậy của chứng cứ điện tử là vấn đề phải được kiểm tra, đánh giá hết sức thận trọng. Nếu tính xác thực để chúng ta tin rằng chứng cứ đó tồn tại một sự thật khách quan, thì độ tin cậy là cách để cho chúng ta tin rằng, những kỹ thuật mà chúng ta sử dụng trong suốt quá trình hình thành chứng cứ điện tử là an toàn hợp lý và có độ tin cậy cao. Vì chứng cứ điện tử mang nặng yếu tố công nghệ, nên độ tin cậy được kiểm tra đánh giá trên các tiêu chí: (1) Liệu kỹ thuật đã được thử nghiệm hay chưa; (2) nó đã được trải qua sự đánh giá nghiêm túc hay chưa; (3) tỷ lệ lỗi đã biết có liên quan đến kỹ thuật này hay không; (4) chuẩn kiểm soát hoạt động của nó có tồn tại và được duy trì hay không và (5) kỹ thuật này có được cộng đồng khoa học chấp nhận rộng rãi hay không. Đánh giá độ tin cậy của chứng cứ điện tử phải dựa trên kết quả đúng đắn của yêu cầu công nghệ (Zatyko, K., & Bay, J. S, 2012).

Như vậy, độ tin cậy là yêu cầu cần thiết để chấp nhận chứng cứ điện tử khi dựa vào công nghệ để thu thập, chấp nhận và sử dụng chứng cứ. Pháp luật hóa tiêu chuẩn

kỹ thuật, công nghệ cho các quy trình, công cụ trong quá trình thu thập, phân tích đánh giá chứng cứ điện tử là yêu cầu cấp bách trong điều kiện pháp luật hiện nay.

3.3.5. Tính toàn vẹn của chứng cứ điện tử

Là một tiêu chuẩn để đánh giá chấp nhận chứng cứ điện tử, bởi yêu cầu nguyên vẹn của dữ liệu điện tử - phần phản ánh vật chất của chứng cứ điện tử, phải được bảo đảm rằng không có sự thay đổi, hư hỏng hoặc bị sửa đổi một cách vô tình, cố ý hay do sự cố kỹ thuật. Tính toàn vẹn của chứng cứ điện tử dựa trên tính nguyên vẹn của dữ liệu điện tử. Nhưng hai khái niệm hoàn toàn khác nhau. Toàn vẹn của chứng cứ điện tử là một hạng mục của chứng cứ phải phản ánh trọn vẹn một thông tin nào đó, tính nguyên vẹn của dữ liệu điện tử là gói dữ liệu ấy 12 kilobyte thì thu giữ, sao chép hay qua bất kỳ công đoạn nào nó cũng như vậy về dung lượng và nội dung phản ánh của nó nếu có thay đổi thì phải có thuyết minh hợp lý chấp nhận được. Đánh giá tính toàn vẹn của chứng cứ điện tử phải dựa vào trạng thái của mối quan hệ, ví dụ giai đoạn bảo quản chứng cứ cần phải ở trạng thái an toàn, không bị ảnh hưởng bởi sóng điện từ, có thể làm thay đổi dữ liệu điện tử, hay ở giai đoạn thu giữ điện thoại thông minh phải giữ chúng ở trạng thái chế độ máy bay, duy trì pin của máy để tránh sự thay đổi dữ liệu điện tử có trong thiết bị có thể bị xoá từ xa. Đối với máy tính dữ liệu điện tử sẽ thay đổi khi khởi động lại máy tính.

Muốn đánh giá được tính toàn vẹn của chứng cứ điện tử, pháp luật phải quy định cụ thể trạng thái của từng thiết bị, phương tiện điện tử, hệ thống mạng, ứng với từng giai đoạn trong vòng đời của chứng cứ điện tử, thích ứng với từng loại công nghệ tạo ra chứng cứ và tiêu chí kỹ thuật bảo đảm tính toàn vẹn. Pháp luật Việt Nam chưa có những quy định này, thiết nghĩ cần phải luật hóa quy định thì mới có cơ sở kiểm tra, đánh giá tính toàn vẹn của chứng cứ điện tử, từ đó, cùng với các tiêu chí khác để chấp nhận hay không với từng hạng mục chứng cứ điện tử.

3.3.6. Tính hữu dụng

Tính hữu dụng hay còn gọi là giá trị sử dụng của chứng cứ điện tử. Có nghĩa là với hạng mục hoặc một nhóm hạng mục chứng cứ điện tử, có thể dựa trên đó làm nền tảng lý luận, chứng minh cho một giả thuyết nào đó, ủng hộ hoặc bác bỏ một sự kiện pháp lý đã xảy ra trong quá khứ. Tùy theo khả năng sử dụng của chủ thể tham gia tố tụng và mức độ liên quan của chứng cứ mà có được tính hữu dụng đến đâu; vì vậy, không có tiêu chuẩn cho sự đánh giá tính hữu dụng và cũng không thể pháp điển hóa tính hữu dụng. Tuy vậy, nó vẫn có thể là tiêu chí để chấp nhận chứng cứ điện tử, vì có khi nó có liên quan đến tình huống pháp lý, nhưng không thể sử dụng được thì không

thể chấp nhận được. Ví dụ, một bản ghi điện tử ở một máy chủ ghi lại một tài khoản minhnon.vn đăng nhập vào hệ thống lúc 2 giờ PM ngày 01/02/2021 tại địa chỉ IP: 118.71.170.68 nhưng chúng ta không tìm ra được con người và địa chỉ vật lý cụ thể, hay khác hơn chúng ta không thể cá thể hóa được, thì chứng cứ điện tử này không có tính hữu dụng, không thể chấp nhận được trong một số trường hợp, mặc dù các tiêu chí khác đều được thỏa mãn.

3.4 Nội dung yêu cầu công nghệ

3.4.1. Mô hình điều tra kỹ thuật số

Có rất nhiều mô hình điều tra kỹ thuật số, hình 2.6 là mô hình điều tra kỹ thuật số thu thập chứng cứ điện tử ở cấp độ trừu tượng, nghĩa là mô hình chung cho tất cả các loại điều tra kỹ thuật số, với từng loại công nghệ, phương tiện sẽ có quy trình điều tra kỹ thuật số khác nhau. Ví dụ, đối với pháp y đám mây thì ta phải có quy trình công nghệ khác với pháp y IoT. Việc sử dụng pháp y nào là do yêu cầu chứng minh, yêu cầu công nghệ và yêu cầu pháp lý quyết định. Vấn đề còn lại là mô hình được chọn lựa có thích hợp không, đủ độ tin cậy, mang lại hiệu quả như thế nào, có bảo đảm tính toàn vẹn dữ liệu và các yêu cầu pháp lý khác hay không. Mô hình ấy có khả năng kiểm tra ngược, kiểm tra chéo hay không, đặc biệt cần phải tham khảo tiêu chuẩn quốc tế ISO/IEC 27043:2015 (E) (ISO/IEC-27043, 2015). Chính vì vậy, yêu cầu chuẩn hóa mô hình điều tra kỹ thuật số trên từng lĩnh vực, là yêu cầu cấp bách hiện thời đối với các cơ quan thực thi pháp luật của Việt Nam, đặc biệt trong hai lĩnh vực quan trọng là dân sự và hình sự.

3.4.2. Pháp luật hóa công cụ pháp y kỹ thuật số

Pháp luật hóa công cụ pháp y kỹ thuật số, trong điều kiện pháp luật Việt Nam hiện nay là một yêu cầu cấp bách, bởi lẽ, hiện nay nhu cầu xử lý các tình huống pháp lý trong hầu hết các lĩnh vực đều cần đến chứng cứ điện tử. Vì vậy, việc thu thập, hình thành chứng cứ điện tử phải sử dụng các công cụ pháp y kỹ thuật số. Trong khi đó, tất cả các công cụ pháp y kỹ thuật số hiện nay chưa được pháp luật Việt Nam công nhận, Việt Nam cũng chưa xây dựng được một khung tiêu chuẩn kỹ thuật cho loại công cụ này. Đây là một hiểm hoạ có thể xảy ra bất cứ lúc nào để dẫn đến oan sai, dẫn đến thiếu minh bạch, công bằng, công lý trong các cơ quan tài phán. Có làm được điều này, các chủ thể tham gia tố tụng mới có cơ sở để đánh giá độ tin cậy của chứng cứ điện tử. Các nước tiên tiến trên thế giới, đã thực hiện tiêu chuẩn hóa công cụ pháp y kỹ thuật số từ lâu, ở Hoa Kỳ có Viện Tiêu chuẩn và Công nghệ Quốc gia (NIST), Nhóm Công tác

Khoa học về Bằng chứng Kỹ thuật số và Tổ chức Tiêu chuẩn hóa Quốc tế, họ đã đưa tiêu chuẩn, phương pháp để kiểm chứng các công cụ pháp y kỹ thuật số, xem đây là tiêu chuẩn kỹ thuật được luật hóa (ISO/IEC 27041, 2015). Việt Nam sớm thực hiện điều này, không phải chỉ để thực hiện nhu cầu trong nước, mà còn là chủ động hội nhập, tham gia sâu và tích cực trên trường quốc tế, để xây dựng bộ tiêu chuẩn kỹ thuật hợp lý, có như vậy chúng ta mới chủ động, không bị thụ động phải chạy theo lối chơi của người khác.

3.4.3. Kỹ thuật giám sát nguồn gốc chứng cứ điện tử

Đây là công việc làm xuyên suốt, từ khi bắt đầu của quy trình điều tra, đến khi đưa chứng cứ điện tử ra đến Tòa án, tất cả mọi hành vi của cá nhân, tổ chức có liên quan, tác động đến chứng cứ điện tử đều được ghi lại, nói chung những thông tin về đối tượng tác động và đối tượng bị tác động đều phải được ghi lại, đặc biệt trong giai đoạn thu thập chứng cứ điện tử. Công việc này đòi hỏi có một tổ chức độc lập giám sát từ khi bắt đầu cho đến khi kết thúc, luật Việt Nam giao cho Viện Kiểm sát. Ở nước ngoài, họ gọi tiến trình này là chuỗi hành trình lưu ký (*chain of custody*) hay còn gọi là kỹ thuật giám sát nguồn gốc chứng cứ, được định nghĩa là một quy trình được sử dụng để duy trì và ghi lại lịch sử tuần tự của hành vi *(U.S. Department of Justice Office of Justice Programs, 2013)*. Công việc này là một chuỗi liên tục, từng hành vi, công đoạn đều được lập mô tả, biên bản cụ thể, chi tiết, để có thể dựa vào đây truy nguyên, tìm hiểu sự thật của chứng cứ điện tử được sản sinh ra như thế nào, giúp cho việc đánh giá chấp nhận chứng cứ điện tử đáng tin cậy hơn. Vòng đời của hành trình lưu ký, bắt đầu từ người phản ứng đầu tiên cho đến khi cơ quan tài phán chấp nhận hoặc không chấp nhận chứng cứ điện tử. Nếu không có chuỗi hành trình lưu ký này thì không thể có chấp nhận chứng cứ điện tử được.

3.4.4. Năng lực chủ thể thực hiện pháp y kỹ thuật số

Năng lực của chủ thể thực hiện pháp y kỹ thuật số cũng là một vấn đề rất quan trọng, để làm cơ sở đánh giá chấp nhận chứng cứ điện tử. Chủ thể pháp y kỹ thuật số phải là người có năng lực, kiến thức thật sự trên các lĩnh vực như công nghệ thông tin, luật và nghiệp vụ của họ. Mọi sự so sánh đều khập khiễng. Ở Việt Nam, pháp luật chưa có khái niệm pháp y kỹ thuật số, nhưng trên thực tế đã có sử dụng, nhất là trên lĩnh vực hình sự (Ngô Minh Dũng, 2021).

Ngoài tiến bộ về công nghệ thông tin và các tính năng ngày càng được tăng cường của các thiết bị điện tử (bao gồm cả các thiết bị thông thường được sử dụng

trong đời sống hàng ngày và các thiết bị được thiết kế đặc biệt cho mục đích phạm tội) khiến thủ đoạn của đối tượng phạm tội ngày càng trở nên tinh vi, một trong những trở ngại chính đối với việc thu thập, đánh giá, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử trong tố tụng ở Việt Nam và các quốc gia, là hạn chế về năng lực kỹ thuật số của các chủ thể thực hiện pháp y kỹ thuật số. Cán bộ tư pháp hình sự ở Việt Nam được tuyển chọn dựa trên yêu cầu về trình độ, năng lực cụ thể cho từng vị trí, ví dụ như Điều tra viên, Kiểm sát viên, Thẩm phán; họ am hiểu về kiến thức pháp luật nhưng không có kỹ năng số. Do đó, các cán bộ tư pháp hình sự thiếu các kinh nghiệm và kỹ năng thiết yếu đối với việc thu thập, đánh giá, chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử.

Ngoài ra, cơ cấu và cách thức tổ chức của các cơ quan quản lý nhà nước cũng dẫn tới một số thách thức. Ví dụ, một số cơ quan không có kế hoạch phát triển nguồn nhân lực kỹ thuật số. Các cơ quan này, nhìn chung có tổ chức hoặc tham gia một số hội thảo, toạ đàm nhưng không có hoạt động nâng cao nhận thức thường xuyên và liên tục về kỹ năng số. Năng lực kỹ thuật số không chỉ là kiến thức trên lý thuyết, mà còn là sự hiểu biết về kỹ năng thực hành (cần thời gian để bồi đắp) và thái độ cởi mở, tiếp thu đối với việc sử dụng thiết bị điện tử. Bên cạnh đó, một số cơ quan chưa sẵn sàng cho việc nâng cấp cơ sở vật chất kỹ thuật số, chuyển đổi sang sử dụng thiết bị điện tử hoặc chưa quen với thay đổi về quy trình nghiệp vụ. Một số cán bộ còn thiếu nhiệt huyết, chưa thực sự chú trọng đến việc phát triển năng lực kỹ thuật số của bản thân (Thapana Bhasathiti Sanyabutra, 2021).

3.4.5. Chất lượng phòng thí nghiệm pháp y kỹ thuật số

Tiêu chuẩn vận hành, yêu cầu chất lượng của phòng thí nghiệm pháp y kỹ thuật số là một đòi hỏi khách quan của quá trình pháp y kỹ thuật số, chất lượng của chứng cứ điện tử lệ thuộc rất lớn vào quy trình vận hành, chất lượng của phòng thí nghiệm pháp y kỹ thuật số (Kuchta, K. J., 2001). Ví dụ: Không có phòng chân không, phòng sạch thì không thể bảo đảm được chất lượng phục hồi vật lý ổ đĩa cứng, không có công cụ cắt sóng điện từ sẽ ảnh hưởng đến sự nguyên vẹn của dữ liệu điện tử. Quy trình vận hành tồi, chất lượng phòng thí nghiệm kém thì chất lượng chứng cứ điện tử sẽ bị ảnh hưởng là điều đương nhiên, nên không thể chấp nhận chứng cứ điện tử là điều hiển nhiên. Pháp luật Việt Nam chưa đề cập đến vấn đề này.

3.4.6. Kiểm tra tính nguyên vẹn về dữ liệu điện tử

Đây là công việc phục vụ cho việc kết luận của tiêu chí tính toàn vẹn trong yêu cầu pháp lý chấp nhận chứng cứ điện tử. Nếu dữ liệu điện tử phản ánh vật chất của

chứng cứ điện tử nguyên vẹn, thì chứng cứ điện tử có tính toàn vẹn. Muốn kiểm tra được tính nguyên vẹn của dữ liệu điện tử ta dựa vào các yếu tố, đó là lần theo chuỗi hành trình lưu ký, kiểm tra từng giai đoạn một kỹ thuật thực hiện là gì, năng lực chủ thể thực hiện như thế nào, công cụ thực hiện là loại nào, chất lượng phòng pháp y kỹ thuật số ra sao, quy trình điều tra kỹ thuật số có phù hợp không. Kiểm tra tính nguyên vẹn này cần được pháp luật quy định chặt chẽ, phục vụ việc giám sát chấp hành pháp luật. Pháp luật Việt Nam chưa có quy định về vấn đề này.

3.4.7. Nhân chứng chuyên gia trong lĩnh vực pháp y kỹ thuật số

Pháp luật Việt Nam chưa thấy quy định về nhân chứng chuyên gia trong lĩnh vực pháp y kỹ thuật số. Công việc này rất cần thiết. Nhân chứng chuyên gia có các loại: Một loại là nhân chứng chuyên gia độc lập không liên quan gì đến tình huống pháp lý được mời đến giải thích, chứng minh các chứng cứ điện tử có liên quan; loại thứ hai là có liên quan đến tình huống pháp lý, ví dụ như người quản trị hệ thống của một công ty bị tin tặc tấn công; loại thứ ba là chuyên gia của một doanh nghiệp là bên thứ ba có nghĩa vụ cung cấp chứng cứ; loại thứ tư chuyên gia công nghệ thông tin là người trực tiếp hoặc hỗ trợ chủ thể điều tra chứng cứ điện tử. Tùy theo mức độ, loại chuyên gia cần được pháp luật Việt Nam luật hóa tiêu chí về trình độ, năng lực, tay nghề, kinh nghiệm để làm cơ sở cho sự giải thích chứng minh của họ, từ đó quyết định việc chấp nhận chứng cứ điện tử hay không (Chroeder, S. C., 2005). Trong lĩnh vực công nghệ thông tin, nhân chứng chuyên gia là rất quan trọng, phải là người có kiến thức chuyên sâu trong lĩnh vực mà họ làm chứng, bên cạnh đó họ cũng phải có phẩm chất đạo đức trong sáng, trung thực, khách quan là yêu cầu bắt buộc; pháp luật Việt Nam nên quy định chặt chẽ cho việc chấp nhận nhân chứng loại này.

3.4.8. Kết luận pháp y kỹ thuật số

Kết luận pháp y kỹ thuật số là một báo cáo với đầy đủ nội dung chi tiết, nó phải chứng minh lý giải được các chứng cứ thu thập được, đáp ứng yêu cầu pháp lý như thế nào, đáp ứng yêu cầu công nghệ ra sao, đặc biệt nó có đáp ứng được phần nào yêu cầu chứng minh tình huống pháp lý hay không, nó có hỗ trợ cho giả thuyết pháp lý nào hay không, hay có làm cơ sở cho việc tiếp tục tìm kiếm chứng cứ điện tử hay không. Kết luận pháp y kỹ thuật số hay báo cáo phải rõ ràng, rành mạch, dễ hiểu, không lạm dụng kỹ thuật. Chính báo cáo pháp y kỹ thuật số cũng là một cơ sở cân nhắc kỹ thuật quan trọng, để xem xét chấp nhận chứng cứ điện tử hay không.

3.5 Nội dung yêu cầu chứng minh

Yêu cầu chứng minh được Pháp luật Việt Nam quy định rõ ràng, ở lĩnh vực hình sự tại Điều 85 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021), cũng như các yếu tố cấu thành tội phạm mà các điều luật cụ thể của Bộ luật Hình sự năm 2015 quy định; lĩnh vực dân sự tại Điều 91, 92 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015, các hành vi cụ thể được quy định trong Bộ luật Dân sự năm 2015, cũng như các yêu cầu của các đương sự trong vụ kiện và các bộ luật khác.

Nội dung yêu cầu chứng minh rất phong phú đa dạng, phức tạp, nó xuất phát từ hành vi con người trong môi trường sống, phát sinh các tình huống pháp lý. Nên nội dung chứng minh, nó thể hiện cụ thể khi phân tích tình huống pháp lý cụ thể, không thể nêu khái quát được. Nếu có thể được thì phân tích theo từng hành vi khách quan của các loại tội phạm cụ thể của Bộ luật Hình sự năm 2015, hay các tình huống pháp lý trong tranh chấp dân sự được xem xét để làm rõ việc sử dụng chứng cứ điện tử, trong chứng minh một tình huống pháp lý ở các lĩnh vực quan trọng, việc này ta sẽ tiến hành trong chương có tên là sử dụng chứng cứ điện tử thực hiện nghĩa vụ chứng minh.

3.6 Mô hình quy trình chấp nhận chứng cứ điện tử chopháp luật Việt Nam

3.6.1. Lý do xây dựng mô hình

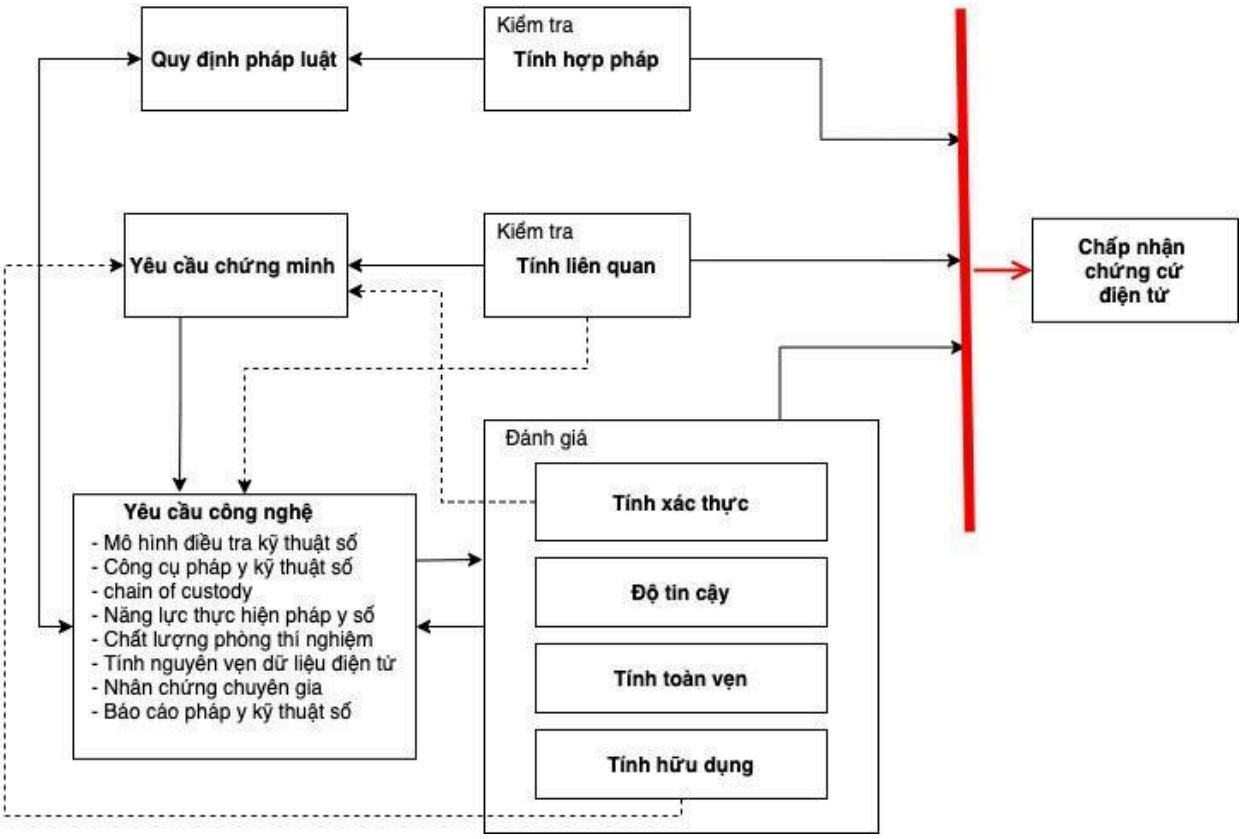
Nói một cách ngắn gọn, bản chất của quá trình chấp nhận chứng cứ điện tử là kiểm tra và đánh giá chứng cứ điện tử, để từ đó quyết định chấp nhận sử dụng dùng vào việc tìm chứng cứ mới, hay xây dựng giả thuyết để chứng minh một sự kiện pháp lý đã xảy ra. Theo phân tích các yêu cầu pháp lý, yêu cầu công nghệ và yêu cầu chứng minh, chúng ta thấy quá trình chấp nhận chứng cứ điện tử được tiến hành qua nhiều giai đoạn, dưới sự tham gia của nhiều loại chủ thể trong hoạt động tố tụng hay phản ứng sự cố máy tính. Trong điều kiện đó, việc xây dựng quy trình với một mô hình mạch lạc, rõ ràng là yêu cầu khách quan để có cơ sở vận hành quá trình một cách có hệ thống, hiệu quả.

Việc có được mô hình quy trình chấp nhận chứng cứ điện tử giúp tự nó kiểm tra được quá trình thực hiện quy trình, không sót lọt trong kiểm tra và đánh giá chứng cứ điện tử. Giúp cho các chủ thể tham gia tố tụng, kiểm tra, đánh giá được kết quả mình thực hiện công việc dùng chứng cứ điện tử để chứng minh được những giả thuyết có liên quan đến tình huống pháp lý yêu cầu chứng minh. Qua thực hiện mô hình chấp nhận chứng cứ điện tử, chúng ta có điều kiện phát hiện những sai sót trong quá trình thu thập và sử dụng chứng cứ điện tử để kịp thời khắc phục, sửa chữa.

3.6.2. Xây dựng mô hình

Như cách phân tích từ trên, để đi đến quyết định chấp nhận chứng cứ điện tử, chúng ta kiểm tra, đánh giá rồi quyết định chấp nhận chứng cứ điện tử hay không. Kiểm tra là dựa trên yêu cầu chứng minh kiểm tra *tính liên quan* của chứng cứ điện tử đến tình huống pháp lý, đồng thời cũng phải dựa trên yêu cầu công nghệ, kiểm tra sự tương thích giữa tính liên quan nội dung và liên quan định danh. Dựa trên quy định của pháp luật kiểm tra *tính hợp pháp* của chứng cứ điện tử. Đánh giá là dựa trên mô hình quy trình điều tra kỹ thuật số, công cụ pháp y, năng lực chủ thể thực hiện pháp y kỹ thuật số, nhân chứng chuyên gia, để đánh giá sự thật khách quan của chứng cứ điện tử, tức đánh giá *tính xác thực* của chứng cứ. Dựa trên kỹ thuật giám sát nguồn gốc chứng cứ điện tử, chất lượng phòng thí nghiệm pháp y, năng lực chủ thể thực hiện pháp y, tính nguyên vẹn dữ liệu điện tử để đánh giá *độ tin cậy* chứng cứ điện tử. Dựa trên kiểm tra tính nguyên vẹn của dữ liệu điện tử, chất lượng phòng thí nghiệm pháp y, công cụ pháp y để đánh giá *tính toàn vẹn*. Dựa trên kết luận hay báo cáo pháp y kỹ thuật số đánh giá và yêu cầu chứng minh, đánh giá *tính hữu dụng* của chứng cứ điện tử dùng thực hiện nghĩa vụ chứng minh.

Với phân tích như trên, chúng ta thấy mối quan hệ của các tiêu chí của các yêu cầu pháp luật, công nghệ và chứng minh là rất phức tạp, chúng đan xen với nhau, thể hiện sự gắn bó của các tiêu chí để đi đến chấp nhận chứng cứ điện tử. Pháp luật Việt Nam nên sớm pháp điển hóa các tiêu chí này sẽ giúp cho các chủ thể sử dụng chứng cứ điện tử có cơ sở pháp lý thực hiện, sử dụng chứng cứ điện tử như là một công cụ hữu hiệu để giải quyết các tình huống pháp lý, ngõ hầu mang lại công bằng, công lý cho xã hội. Với ý tưởng đó, tác giả đề xuất một mô hình cho quy trình đánh giá, chấp nhận chứng cứ điện tử như sau:



Hình 3.1 Mô hình quy trình chấp nhận chứng cứ điện tử (tác giả)

Mô hình để các chủ thể tham gia hoạt động tố tụng có điều kiện kiểm soát việc kiểm tra, đánh giá đi đến chấp nhận chứng cứ điện tử, từ đó chủ thể tham gia tố tụng xây dựng cho bản thân một giả thuyết, phục vụ chiến lược chứng minh các tình huống pháp lý mà có nghĩa vụ chứng minh.

Kết luận Chương 3

Chấp nhận chứng cứ điện tử, là một yêu cầu bắt buộc đối với các chủ thể tham gia hoạt động tố tụng, hoặc có liên quan đến việc giải quyết một tình huống pháp lý nào đó. Chứng cứ điện tử được chấp nhận làm cơ sở tư duy cho chủ thể tham gia tố tụng xây dựng một giả thuyết chứng minh cho sự kiện pháp lý đã xảy ra. Chứng cứ điện tử được kiểm tra, đánh giá chấp nhận có độ tin cậy cao góp phần làm sáng tỏ tình huống pháp lý, xét xử công bằng, minh bạch. Đây là vấn đề phức tạp, nhất là ở tính xác thực của chứng cứ, góc độ công nghệ thì mỗi loại công nghệ sẽ có cách xác thực khác nhau, công cụ công nghệ sử dụng khác nhau, yêu cầu pháp lý phải thỏa mãn nó, bằng cách pháp điển hóa tiêu chuẩn kỹ thuật của các công cụ là một yêu cầu cấp thiết khách quan của chứng cứ điện tử, và đúng với xu thế hòa nhập trên trường quốc tế trong lĩnh vực sử dụng chứng cứ điện tử.

Từ việc phân tích các yêu cầu chấp nhận chứng cứ của các hệ thống pháp luật khác nhau và hệ thống luật thực định của các nước có liên quan, trong đó có Việt Nam. Đặc biệt phân tích tính chất, đặc điểm và những yêu cầu khách quan của chứng cứ điện tử, Chương 3 của đề tài đã hoàn thành nhiệm vụ trọng tâm là xây dựng được bộ tiêu chí pháp lý để chấp nhận chứng cứ điện tử cho pháp luật Việt Nam, và xây dựng được mô hình thể hiện được mối quan hệ giữa yêu cầu công nghệ và yêu cầu pháp lý của chứng cứ điện tử.

CHƯƠNG 4. SỬ DỤNG CHỨNG CỨ ĐIỆN TỬ, KIẾN NGHỊ SỬA ĐỔI PHÁP LUẬT VIỆT NAM

Mục đích sử dụng chứng cứ điện tử cũng giống như sử dụng chứng cứ vậy, nhận thức về nó, kết hợp với yêu cầu chứng minh, xây dựng một giả thuyết trên chứng cứ thu thập được để tiếp tục thu thập chứng cứ mới nếu thấy cần thiết, hoặc sử dụng để thực hiện nghĩa vụ, trách nhiệm hoặc quyền chứng minh một sự thật đã xảy ra có trong yêu cầu chứng minh. Mục đích là như nhau, nhưng do đặc thù của chứng cứ điện tử có nhiều điểm khác với chứng cứ, nên trong quá trình sử dụng cũng phải có nhiều điểm khác nhau cần phải được nghiên cứu để làm rõ. Chương này có nhiệm vụ tìm hiểu quá trình sử dụng chứng cứ điện tử để chứng minh sự thật của vụ kiện, vụ án, khi chứng cứ điện tử được hình thành và đưa vào sử dụng.

4.1 Cơ sở lý thuyết sử dụng chứng cứ điện tử

Theo hệ thống Thông luật có 3 cấp độ để chứng minh phải đạt đến đó là: *Chứng cứ ưu thế / preponderance of the evidence* thường được sử dụng trong lĩnh vực dân sự; *chứng cứ rõ ràng, thuyết phục / clear and convincing evidence* được sử dụng trong hình sự và cho một số trường hợp dân sự; *chứng cứ chắc chắn không thể nghi ngờ gì nữa / proof beyond reasonable doubt* được sử dụng trong lĩnh vực hình sự (Dubey, V., 2017). Cấp độ chứng cứ ưu thế, là nó có khả năng xây dựng một giả thuyết để chứng minh rằng một điều gì đó có nhiều khả năng xảy ra hơn những thứ còn lại (Demougin, D., & Fluet, C., 2006). Hệ thống Dân luật, về nguyên tắc không có sự khác biệt cho chuẩn chứng minh giữa lĩnh vực dân sự và hình sự; để Tòa án chấp nhận chứng minh là đúng, chủ thể thực hiện nghĩa vụ chứng minh phải lập luận khoa học, logic, thuyết phục để Thẩm phán tin rằng một sự thật đã được chứng minh. Không có tiêu chuẩn, cấp độ của sự chứng minh như Thông luật, nhưng với Dân luật có thể nói một yêu cầu duy nhất đó là niềm tin chắc chắn, dựa vào chứng cứ được sử dụng trong chứng minh là thuyết phục, tin cậy, trong suốt thời gian sử dụng chứng cứ để chứng minh sự thật (Engel, C., 2008).

Nền tảng của việc sử dụng chứng cứ điện tử chính là lý thuyết sử dụng chứng cứ, để chủ thể thực hiện nghĩa vụ chứng minh sự thật đã xảy ra trong một tình huống pháp lý nhất định. Lý thuyết chung về nghĩa vụ chứng minh (*burden of proof*) cho rằng, nghĩa vụ chứng minh được thể hiện qua 3 nghĩa vụ hình thành nên cấu trúc của vụ kiện dân sự, vụ án hình sự; đó là: Nghĩa vụ yêu cầu (*burden of pleading*), nghĩa vụ chứng minh nội dung hay còn được gọi là nghĩa vụ thuyết phục (*burden of persuasion*), nghĩa vụ chứng minh hình thức hay còn gọi là nghĩa vụ cung cấp chứng cứ (*burden of production*) (Allen, R. J., 2014). Nghĩa vụ yêu cầu (*burden of pleading*), hiểu theo pháp luật Việt Nam là đề nghị buộc tội bằng cáo trạng của Viện Kiểm sát, bản án của Tòa án, bào chữa của luật sư, đơn chống án, đơn giảm nhẹ hình phạt của bị cáo trong lĩnh vực hình sự; trong dân sự, đơn khởi kiện của nguyên đơn hoặc đơn yêu cầu phản tố của bên bị đơn. Nghĩa vụ chứng minh hình thức là nghĩa vụ cung cấp chứng cứ của nguyên đơn hoặc người phản tố, người có nghĩa vụ quyền lợi liên quan trong vụ kiện dân sự; trong vụ hình sự, đó là việc cung cấp chứng cứ của cơ quan giữ quyền công tố, Hội đồng xét xử và các Luật sư giữ quyền bào chữa, hoặc tất cả những ai có chứng cứ trong một vụ án hình sự.

Bài viết về mục đích và nguyên tắc sử dụng chứng cứ trong tố tụng hình sự, dựa vào Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021) để xây dựng 3 nguyên tắc sử dụng chứng cứ là: Nguyên tắc khách quan, toàn diện và đầy đủ trong tố tụng hình sự; khi sử dụng chứng cứ phải tuân theo đúng những quy định của pháp luật; vật chứng là chứng cứ phải bảo đảm sử dụng nhiều lần; nhưng luận giải ba nguyên tắc này không có gì mới, chỉ dựa vào thuộc tính của chứng cứ, trùng lắp với kiểm tra, đánh giá chứng cứ và các quy định khác trong Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015 chưa có luận cứ thuyết phục (Phạm Minh Tuyên, 2017). Bài viết "Bình luận nguyên tắc cung cấp chứng cứ và chứng minh trong Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015", có nội dung sâu sắc về những vấn đề cụ thể, nhưng không khái quát được những nguyên tắc chung cho việc sử dụng chứng cứ trong tố tụng dân sự (Nguyễn Thị Thu Hà, 2018). Nghĩa vụ chứng minh trong tố tụng, chủ yếu là lý giải các thuật ngữ có liên quan đến nghĩa vụ chứng minh theo cách nhìn của pháp luật Việt Nam (Ngô Vĩnh Bạch Dương, 2015).

Quy định của pháp luật Việt Nam về chứng minh trong tố tụng gồm có nghĩa vụ chứng minh, quyền chứng minh, trách nhiệm chứng minh. Trong lĩnh vực hình sự, chủ thể bắt buộc phải thực hiện nghĩa vụ chứng minh là Cơ quan Điều tra, Viện Kiểm sát, Công tố viên, Hội đồng xét xử, Người bào chữa. Trong lĩnh vực dân sự và cơ quan tài phán khác, chủ thể là đương sự (nguyên đơn, bị đơn có yêu cầu phản tố hoặc nắm giữ

chứng cứ của nguyên đơn, người có quyền lợi nghĩa vụ liên quan). Quyền chứng minh là không bắt buộc chủ thể phải thực hiện, nhưng pháp luật cho họ có quyền, ví dụ bị can, bị cáo trong vụ án hình sự có quyền chứng minh mình vô tội. Bị đơn trong vụ kiện dân sự có quyền chứng minh để bảo vệ quyền lợi của mình, nhưng quyền này trở thành nghĩa vụ khi họ phản tố, hoặc họ không chấp nhận yêu cầu của nguyên đơn. Trách nhiệm chứng minh là công việc của Tòa án, Viện Kiểm sát trong vụ kiện dân sự. Từ đây, cho thấy quyền chứng minh, trong dân sự thực chất sẽ chuyển sang nghĩa vụ chứng minh của bị đơn có yêu cầu phản tố, độc lập; trong hình sự chuyển sang nghĩa vụ chứng minh cho luật sư bào chữa. Trách nhiệm chứng minh thực chất cũng là nghĩa vụ chứng minh của Tòa án, vì Thẩm phán khi thực hiện nhiệm vụ chứng minh, buộc phải đưa ra sự phán quyết cuối cùng, Viện Kiểm sát cũng phải buộc đưa ra ý kiến tranh tụng trong vụ kiện dân sự. *Tóm lại, theo phân tích ở trên, sử dụng chứng cứ là hoạt động chứng minh, trọng tâm của nó là hoạt động thực hiện nghĩa vụ chứng minh, gồm nghĩa vụ yêu cầu, nghĩa vụ nội dung và nghĩa vụ hình thức của các chủ thể có liên quan tham gia tố tụng.*

4.2 Những vấn đề căn bản trong sử dụng chứng cứ điện tử

4.2.1 Nguồn gốc và quá trình hình thành chứng cứ điện tử

Sử dụng cái gì cũng cần biết rõ nguồn gốc, hiểu rõ quá trình tạo ra nó thì chúng ta sẽ sử dụng hiệu quả hơn. Trong sử dụng chứng cứ điện tử, chúng ta cũng cần phải biết rõ nguồn gốc và quá trình hình thành thì việc sử dụng sẽ mang lại hiệu quả hơn. Nguồn gốc của chứng cứ điện tử có thể dễ dàng nhìn thấy, là do hành vi của con người tác động vào máy tính (Romano, L. V., 2005), hệ thống máy tính, thông qua công nghệ nhất định nào đó, để lại dấu vết, đây chính là nguồn gốc của chứng cứ điện tử.

Có quan điểm cho rằng, chứng cứ điện tử là cái đã có sẵn, các chủ thể tố tụng chỉ có nhiệm vụ phát hiện, tìm ra nó, phân tích, tổng hợp và xây dựng một giả thuyết xung quanh nó để chứng minh một điều gì đó. Tác giả cho rằng quan niệm như vậy là không thuyết phục. Chứng cứ, chứng cứ điện tử trong vụ kiện, vụ án không phải là phạm trù vật chất, cũng không phải phạm trù xã hội, mà là phạm trù tố tụng, bắt đầu hình thành khi có tình huống pháp lý xảy ra, các chủ thể bắt đầu thực hiện các hành vi hoạt động tố tụng, và kết thúc khi hoạt động tố tụng kết thúc, vì vậy, nó là cái không sẵn có. Phần phản ánh vật chất, phản ánh công nghệ của chứng cứ điện tử thì có sẵn, phần phản ánh nhận thức thì không có sẵn. Con người phát hiện tìm ra phần phản ánh vật chất, phản ánh công nghệ, bằng cách thu thập dữ liệu điện tử. Con người tiếp tục phân tích, kiểm tra, đánh giá, nhận thức được, tư duy về nó, liên kết phản ánh vật chất,

công nghệ này với các yêu cầu chứng minh một cách khách quan hợp lý, thuyết phục tạo ra phản ánh nhận thức, khi đó mới có chứng cứ điện tử đưa vào sử dụng, đây là quá trình hình thành chứng cứ điện tử.

Để chứng minh cho luận điểm này, chúng ta thử tìm hiểu một ví dụ: Ransomware là một loại mã độc tống tiền. Đây là phần mềm tồn tại dưới dạng dữ liệu điện tử và mã nguồn độc hại này có hơn 200 phiên bản. Câu hỏi đặt ra là khi nào nó mới trở thành chứng cứ điện tử. Khi máy tính bị nhiễm Ransomware, dữ liệu bị mã hóa, có 3 trường hợp: (1) Không tìm được phần mềm mã độc Ransomware thì lấy đâu để sử dụng phần mềm Ransomware làm chứng cứ điện tử. (2) Tìm được phần mềm mã độc Ransomware nhưng không đọc hiểu, không nhận thức được thì cũng không lý giải cơ chế nó mã hóa dữ liệu như thế nào, ngăn chặn truy xuất dữ liệu ra sao, từ đó cũng không thể sử dụng nó làm chứng cứ điện tử được, nên cũng không thể có chứng cứ điện tử từ đây. (3) Tìm được phần mềm độc hại, nhận thức được lý giải được cơ chế tác động của nó, nhưng không nhận thức được để lý giải tính liên quan định danh - tức là lý giải được ai, từ đâu thực hiện công việc này thì mọi sự cố gắng điều vô nghĩa. Nhận thức chưa trọn vẹn thì nó cũng không thể được trở thành chứng cứ điện tử. Như vậy, chúng ta thấy rằng quá trình nhận thức của con người về dấu vết tồn tại dưới dạng dữ liệu điện tử quyết định hình thành chứng cứ điện tử. Vì vậy, quá trình hình thành chứng cứ điện tử mang tính chủ quan rất cao, nếu như chúng ta không xây dựng được nguyên tắc sử dụng chứng cứ điện tử một cách hợp lý, thì chứng cứ điện tử sẽ được sử dụng một cách tuỳ tiện, gây khó khăn cho việc phán xét công bằng, thực thi công lý của Tòa án hay các cơ quan tài phán khác.

4.2.2 Khái niệm sử dụng chứng cứ điện tử

Sử dụng chứng cứ điện tử cũng như sử dụng chứng cứ, là hoạt động của chủ thể trong quá trình tham gia tố tụng ở các cơ quan tài phán khác nhau. Không có sử dụng chứng cứ tốt thì hoạt động tố tụng không thể mang lại hiệu quả cao được. Theo pháp luật Việt Nam, lĩnh vực hình sự thì có các giai đoạn tố tụng là điều tra, truy tố, xét xử, trong suốt chiều dài của hoạt động tố tụng chủ thể tham gia đều phải đối mặt với hoạt động sử dụng chứng cứ điện tử ở nhiều vị thế khác nhau. Trong lĩnh vực dân sự, kinh tế với cơ quan tài phán là Tòa án hay trọng tài, hoặc các cơ quan tài phán khác, các giai đoạn tố tụng có khác nhau. Tuy nhiên, đối mặt với hoạt động sử dụng chứng cứ điện tử thì cũng đều phải trải qua các công đoạn, giao nộp, thu thập, công bố, kiểm tra, đánh giá, chấp nhận, và cuối cùng là chứng minh trên nền của chứng cứ điện tử có được. Sử dụng chứng cứ điện tử để chứng minh hệ quả của một hành động, sự việc, hiện tượng

có thật đã xảy ra trong quá khứ, là việc làm xuyên suốt trong các giai đoạn của tố tụng, ở bất kỳ lĩnh vực nào, với bất kỳ cơ quan tài phán nào, với điều kiện có tồn tại chứng cứ điện tử.

Như vậy, có thể hiểu, sử dụng chứng cứ điện tử nó xảy ra khi có tồn tại chính bản thân nó, và là phương cách để chứng minh sự thật của tình huống pháp lý, hoặc nhằm đòi hỏi đáp ứng yêu cầu lợi ích của cá nhân, tổ chức mà họ cho là bị xâm hại.

4.2.3 Bản chất của sử dụng chứng cứ điện tử

Con người hoạt động trên không gian mạng, thông qua sự tác động vào phương tiện điện tử với một quy trình công nghệ tương thích nhằm đạt được mục đích cụ thể nào đó; qua đó, họ để lại dấu vết dưới dạng dữ liệu điện tử. Khi hoạt động đó nảy sinh một tình huống pháp lý, cũng chính con người thông qua phương tiện, công cụ, thiết bị điện tử và một quy trình công nghệ thích hợp thu thập, phân tích, kiểm tra, đánh giá dấu vết dưới dạng dữ liệu điện tử; đáp ứng được các yêu cầu chứng minh tình huống pháp lý đã xảy ra, yêu cầu công nghệ và yêu cầu pháp lý; dấu vết ấy trở thành chứng cứ điện tử. Nó mang thông tin có xu hướng chứng minh cho một hành động nào đó đã xảy ra trong quá khứ. Con người phải nhận thức được thông tin ấy, phân tích, tổng hợp, tư duy đưa ra được một giả thuyết khả dĩ, lý giải một cách khoa học, logic, thuyết phục cho mối liên hệ biện chứng giữa những gì đã xảy ra với những thông tin mà chứng cứ điện tử mang đến, đây chính là quá trình sử dụng chứng cứ điện tử cho mục đích chứng minh tình huống pháp lý.

Dấu vết dưới dạng dữ liệu điện tử, phản ánh hành vi con người và công nghệ tạo ra nó trên không gian mạng, tồn tại khách quan, sẵn có khi con người bắt đầu quan tâm tới nó. Thông qua hoạt động tố tụng, nhận thức và tư duy của con người biến dữ liệu điện tử này trở thành chứng cứ điện tử, và là công cụ để chứng minh tình huống pháp lý đã xảy ra. Qua đó cho ta thấy, bản chất của việc sử dụng chứng cứ điện tử thể hiện qua hai góc nhìn. *Dưới góc độ nhận thức:* Bản chất của sử dụng chứng cứ điện tử là cách thức phản ánh tư duy[69] của con người, hoàn thiện nhận thức về dấu vết hoạt động của cá nhân, tổ chức tồn tại dưới dạng dữ liệu điện tử, thông qua một quy trình công nghệ và phương tiện điện tử thích hợp nhằm chứng minh làm rõ sự thật khách quan những quan hệ xã hội được cho là bị xâm hại. *Dưới góc nhìn hiện thực:* Bản chất của sử dụng chứng cứ điện tử là một quá trình tư duy trong kiểm tra, đánh giá, liên kết

[69] Tư duy là một quá trình nhận thức phản ánh những thuộc tính bản chất, những liên hệ, quan hệ có tính quy luật của sự vật hiện tượng khách quan mà trước đó ta chưa biết. Xem thêm: Tony Buzan (2009), *Bản đồ tư duy trong công việc*, Nxb. Lao động - Xã hội, tr. 5.

chứng cứ điện tử, xây dựng giả thuyết để lý luận một cách thuyết phục, chứng minh tình huống pháp lý đã xảy ra.

4.2.4 Nguyên tắc sử dụng chứng cứ điện tử

Từ khái niệm, bản chất của sử dụng chứng cứ điện tử, quá trình hình thành chứng cứ điện tử như đã nêu trên, cho chúng ta thấy, sử dụng chứng cứ điện tử là hoạt động chứng minh, một hoạt động tư duy và thực tiễn tuân thủ theo các quy định của pháp luật. Nên không thể không chịu ảnh hưởng của nhận thức chủ quan của con người, cộng với những tác động của lợi ích cá nhân không thể không có nguy cơ thiên lệch; chính vì vậy, yêu cầu phải có một hệ thống nguyên tắc sử dụng chứng cứ điện tử để các chủ thể tham gia tố tụng bám vào đó thực hiện, tránh sai phạm đáng tiếc xảy ra. Vì vậy, hệ thống pháp luật Việt Nam muốn quá trình sử dụng chứng cứ điện tử đạt được hiệu quả tích cực, cần phải thực hiện tốt các nguyên tắc khách quan, công bằng, minh bạch, thượng tôn pháp luật, hệ thống chứng cứ điện tử phải tương thích.

Nguyên tắc khách quan: Đây là nguyên tắc hàng đầu trong sử dụng chứng cứ điện tử, phục vụ việc chứng minh tình huống pháp lý đã xảy ra. Nguyên tắc này thể hiện sự công tâm, không thiên vị, thành kiến khi đánh giá, xây dựng giả thuyết chứng minh, đánh giá, nhận xét lý luận thuyết phục. Nguyên tắc giúp ràng buộc các chủ thể tham gia tố tụng tôn trọng quy luật tất yếu khách quan của quá trình nhận thức, không

---

nguỵ biện bẻ cong sự thật. Nhìn nhận sự vật hiện tượng ở trạng thái luôn vận động và phát triển theo quy luật tự nhiên và xã hội, không bảo thủ, chủ quan duy ý chí, nhưng cũng không hời hợt, dễ dãi, mơ hồ, ảo tưởng; bám sát tôn trọng thực tế về những gì đã xảy ra. Biện chứng duy vật, duy vật lịch sử là kim chỉ nam cho nhận thức về tài liệu là dữ liệu điện tử - nguồn của chứng cứ điện tử.

Nguyên tắc công bằng: Đây là nguyên tắc bảo đảm cho các chủ thể tham gia tố tụng dù có vị thế tham gia tố tụng khác nhau, nhưng phải bảo đảm rằng mọi người đều bình đẳng trước pháp luật. Nguyên tắc này giúp cho các chủ thể tham gia tố tụng thực hiện được trọn vẹn, đầy đủ những gì pháp luật cho phép, không cấm, không ai có quyền ngăn cản, hoặc tạo cơ hội không công bằng trong việc sử dụng chứng cứ, đặc biệt với loại hình chứng cứ điện tử cần phải được quan tâm đúng mực. Pháp luật phải bảo đảm rằng tất cả các chủ thể có nghĩa vụ chứng minh phải có cơ hội tiếp cận, sử dụng chứng cứ điện tử là như nhau, kịp thời.

Nguyên tắc minh bạch: Đây là nguyên tắc giúp cho các chủ thể có liên quan kiểm tra được tính chấp nhận, mọi chủ thể đều có thể tiếp cận chứng cứ điện tử. Cần

phải làm rõ tất cả các yêu cầu pháp lý, yêu cầu công nghệ, yêu cầu chứng minh của một hạng mục hoặc một nhóm hạng mục chứng cứ điện tử, khi có yêu cầu hợp lý từ chủ thể tham gia tố tụng được pháp luật cho phép, bảo đảm nguyên tắc công khai xét xử, tranh tụng công bằng, minh bạch.

Nguyên tắc thượng tôn pháp luật: Trong sử dụng chứng cứ điện tử, sẵn sàng loại bỏ những chứng cứ điện tử không bảo đảm đầy đủ yêu cầu pháp lý, yêu cầu công nghệ, yêu cầu chứng minh. Muốn thực hiện được nguyên tắc này pháp luật Việt Nam cần phải được bổ sung, hoàn thiện và làm nhiều hơn nữa, để bảo đảm không có sự can thiệp của bất kỳ thế lực nào đến việc thực thi pháp luật thông qua việc sử dụng chứng cứ điện tử.

Nguyên tắc hệ thống chứng cứ điện tử phải tương thích: Có nghĩa các hạng mục chứng cứ điện tử phải hỗ trợ, bổ sung cho nhau một cách hợp lý, logic, phản ánh tư duy phù hợp, trong suốt, thuyết phục. Hệ thống chứng cứ điện tử phải tương thích với hệ thống chứng cứ truyền thống và ngược lại, tổng hợp các chứng cứ phải hình thành các nhóm giả thuyết hợp lý, vận dụng chứng minh thuyết phục.

Nguyên tắc là thứ ràng buộc con người phải chấp nhận khi tham gia. Các nguyên tắc trên nhằm kiểm soát quá trình sử dụng chứng cứ điện tử của chủ thể tham gia tố tụng, hoạt động đạt được hiệu quả mong đợi, mang được công lý, công bằng và lẽ phải đến cho mọi người trong xã hội.

4.3 Sử dụng chứng cứ điện tử trong các tình huống pháp lý

Trong phần này, chúng ta sẽ vận dụng kiến thức của các Chương 2, Chương 3 để giúp các chủ thể tham gia tố tụng giải quyết các vấn đề có liên quan trong từng tình huống pháp lý. Tình huống có thật, nhưng chỉ nghiên cứu các vấn đề có liên quan đến chứng cứ điện tử theo pháp luật Việt Nam, được điều chỉnh để phục vụ nghiên cứu, cho phù hợp với yêu cầu làm rõ một số vấn đề có liên quan đến sử dụng chứng cứ điện tử thực hiện hoạt động chứng minh. Chủ thể thực hiện nghĩa vụ chứng minh sẽ thực hiện nghĩa vụ yêu cầu, nghĩa vụ chứng minh hình thức, nghĩa vụ chứng minh nội dung. Thẩm phán, Trọng tài, Hội đồng xét xử sẽ thực hiện các công việc kiểm tra, đánh giá chấp nhận chứng cứ điện tử và đánh giá nghĩa vụ chứng minh ở các cấp độ *chứng cứ ưu thế, chứng cứ rõ ràng, thuyết phục, chứng cứ chắc chắn không thể nghi ngờ gì nữa*, để thực hiện nghĩa vụ và nhiệm vụ chứng minh. Trong quá trình sử dụng chứng cứ điện tử của phần này, chúng ta sẽ dựa vào trình tự, nguyên tắc chung của tố tụng dân sự và hình sự theo quy định pháp luật Việt Nam để dẫn giải vấn đề. Đồng thời cũng giúp chỉ ra những điều cần thiết để sử dụng chứng cứ điện tử có hiệu quả, nhưng chưa được

pháp luật Việt Nam quy định. Trình bày trong các phần dưới đây, không tập trung vào kết quả xử lý tình huống, mà tập trung vào điều kiện pháp luật quy định để xử lý việc sử dụng chứng cứ điện tử cho đạt yêu cầu pháp lý, yêu cầu công nghệ, yêu cầu chứng minh. Trong đó đáp ứng yêu cầu chứng minh là nội dung của việc sử dụng chứng cứ.

4.3.1 Tranh chấp sở hữu trí tuệ trong không gian mạng

4.3.1.1 Tình huống tranh chấp về quyền sở hữu trí tuệ

Sở hữu trí tuệ trong không gian mạng được gọi tắt là sở hữu trí tuệ điện tử, hình thành từ hai hướng. Một là, sở hữu trí tuệ của một sản phẩm vật lý được số hóa đưa vào môi trường thương mại điện tử, kinh tế số, mạng Internet hay không gian mạng. Ví dụ: Tác phẩm văn học là sách có quyền tác giả, được phép số hóa đưa vào kinh doanh bán trực tuyến trên trang web bán sách. Hai là, sản phẩm được sáng tạo trong không gian mạng, ví dụ: Phần mềm máy tính có quyền tác giả ngay khi tác giả tạo ra phần mềm ấy bất kỳ ở đâu trong không gian mạng.

Sở hữu trí tuệ điện tử là một khái niệm phức tạp, còn nhiều tranh cãi và đòi hỏi phải có nghiên cứu một cách thận trọng, nghiêm túc, đáng tiếc nó không thuộc phạm vi nghiên cứu của đề tài. Ở đây, tác giả chỉ quan tâm đến những sở hữu trí tuệ điện tử đã xuất hiện tranh chấp, làm nguồn tình huống để phân tích, cho thấy được cách sử dụng chứng cứ điện tử chứng minh vi phạm Luật Sở hữu trí tuệ. Tuy nhiên, áp dụng các quy định pháp luật về chứng cứ của Việt Nam thì gặp khó khăn trong sử dụng chứng cứ điện tử, để từ đó đề xuất cách thức hoặc cải tiến hệ thống pháp luật tạo điều kiện cho việc sử dụng chứng cứ giải quyết các tình huống pháp lý này.

Tình huống vi phạm bản quyền theo pháp luật nước ngoài, theo Luật Sở hữu trí tuệ Việt Nam là vi phạm quyền tác giả. Trong vụ kiện vi phạm bản quyền Universal City Studios, Inc. V. Reimerdes, các hãng phim lớn của Mỹ phân phối phim có bản quyền được lưu trên các đĩa DVD, sử dụng hệ thống mã hóa có tên là CSS chỉ được xem bằng đầu phát và ổ đĩa máy tính có giải mã, chống sao chép, nhằm mục đích bảo vệ bản quyền của các bộ phim phân phối, cung cấp (Gold et al, 2000). Sau đó, một thời gian tin tặc tạo ra một phần mềm có tên DeCSS vô hiệu việc mã hóa CSS. Phần mềm DeCSS được đưa lên trang web do bị đơn có tên Shawn Reimerdes quản trị, cũng là chủ sở hữu, để mọi người trên cả thế giới sử dụng, nhằm sao chép, xem phim có bản quyền do các hãng phim này lưu hành một cách tự do. Khi phát hiện, các hãng phim kiện chủ sở hữu trang web đăng tải phần mềm DeCSS vi phạm bản quyền, tất nhiên bị đơn không đồng ý vi phạm bản quyền và phản đối. Cuối cùng, Tòa án cũng đã xử bị đơn vi phạm bản quyền. Luật Sở hữu trí tuệ Việt Nam không có thuật ngữ bản quyền,

trong trường hợp này thay vào đó là vi phạm quyền tác giả. Trong tình huống này, pháp luật Hoa Kỳ xét xử ra sao chúng ta không quan tâm, vấn đề đặt ra nếu ở Việt Nam xảy ra tình huống tương tự, thì các chủ thể tham gia tố tụng, cụ thể là bên nguyên đơn họ giao nộp cái gì, làm cách nào họ có được, căn cứ trên pháp luật Việt Nam để thu thập được chứng cứ hợp pháp. Ở đây chắc chắn là chứng cứ điện tử để giao nộp cho Tòa án thực hiện nghĩa vụ yêu cầu, nghĩa vụ chứng minh hình thức, nghĩa vụ chứng minh nội dung. Câu hỏi đặt ra là trách nhiệm của Thẩm phán, Luật sư đến đâu trong việc thực thi pháp luật và pháp luật về chứng cứ của Việt Nam có thuận lợi khó khăn gì trong quá trình này.

4.3.1.2 Nội dung chứng minh và chứng cứ điện tử cần thu thập

Trong quyền tác giả bao gồm quyền nhân thân và quyền tài sản. Trong vụ kiện này, nguyên đơn kiện bị đơn xâm hại quyền tác giả, theo khoản 1 Điều 20 Luật Sở hữu trí tuệ và yêu cầu bị đơn phải bồi thường thiệt hại do họ xâm hại quyền tác giả gây ra. Theo Điều 97 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015, nguyên đơn cần thu thập, cung cấp cho Tòa án các loại chứng cứ điện tử: Phần mềm CSS dùng để mã hóa các bộ phim được phân phối đến khách hàng chứa trong DVD, đường link của trang web để tải phần mềm DeCSS, phần mềm có tên DeCSS mà bên nguyên tải về từ trang web của bị đơn, cung cấp các đĩa DVD có chứa phim sao chép bằng phần mềm DeCSS. Lập vi bằng về việc tải về DeCSS để sao chép bộ phim do chính họ vô hiệu hóa quyền tác giả. Cử chuyên gia về lĩnh vực này làm báo cáo gửi đến Tòa án để chứng minh họ bị xâm hại quyền tác giả trên cơ sở bị đơn công bố phần mềm DeCSS trên trang web.

Đồng thời, nguyên đơn lập luận rằng với phần mềm DeCSS sẽ vô hiệu hóa việc bảo vệ quyền tác giả được Luật Sở hữu trí tuệ bảo vệ, xâm hại quyền tác giả của họ một cách nghiêm trọng, tính toán số lượng đĩa DVD được sao chép bất hợp pháp và ước lượng thiệt hại, yêu cầu Tòa án buộc bị đơn phải bồi thường cho nguyên đơn 50 tỷ đồng.

Bị đơn phản tố, do không có sao chép tác phẩm, lập luận rằng, trang web của bị đơn ở đó có đăng tải phần mềm có tên DeCSS có khả năng vô hiệu hóa CSS, nghĩa là có cung cấp công cụ sao chép chứ bị đơn không sao chép tác phẩm điện ảnh, nên không vi phạm quyền tác giả; vì vậy, bị đơn không có nghĩa vụ bồi thường thiệt hại cho bên nguyên. Đồng thời, bị đơn trình bày thêm phần mềm DeCSS, sở dĩ có trên trang web của họ là do khách hàng phát triển và đăng lên, trong phần liên kết khách hàng cho phép các khách hàng trao đổi, giao dịch với nhau qua các đường link, cung cấp trao đổi miễn phí. Trang web của bị đơn chỉ đơn thuần là nơi kinh doanh dịch vụ trực tuyến lĩnh vực khác, không liên quan đến phần mềm này.

Theo Điều 97 và Điều 106 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015, Thẩm phán yêu cầu bên bị đơn cung cấp cơ sở dữ liệu về tài khoản đăng nhập, thông tin cần thiết để định danh người đăng nhập, cũng như người cung cấp phần mềm DeCSS. Bị đơn lập luận rằng, cơ sở dữ liệu của họ là thông tin cá nhân người dùng, không thể cung cấp cho bên thứ ba, khi chưa được sự đồng ý của người dùng. Việc tải phần mềm DeCSS là do các khách hàng của họ giao tiếp với nhau qua đường link giao tiếp ngoài, bị đơn không quản lý cơ sở dữ liệu này.

Bên nguyên đề nghị Thẩm phán trưng cầu Giám định tư pháp về những vấn đề bên bị đơn phản tố. Thẩm phán chấp nhận lời đề nghị và ra quyết định trưng cầu giám định tư pháp theo Điều 102 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015. Gửi quyết định này đến tổ chức giám định theo vụ việc được quy định tại Điều 19 Luật Giám định tư pháp năm 2012 (sửa đổi, bổ sung năm 2020). Với các nội dung cụ thể: Phần mềm DeCSS có khả năng cho sao chép phim ảnh trên đĩa DVD được mã hóa bằng CSS không, đã có bao nhiêu lượt người sử dụng phần mềm DeCSS để sao chép phim bất hợp pháp, những người đó là ai. Tổ chức giám định tư pháp theo vụ việc trả lời: Phần mềm DeCSS có khả năng giải mã các phim ảnh lưu trữ trên đĩa DVD được mã hóa CSS, và được sao chép tự do. Hai yêu cầu còn lại nằm ngoài khả năng của Giám định viên tư pháp, vì cần phải tiến hành điều tra thu thập chứng cứ trên hệ thống máy tính có liên quan mới có thể trả lời được, giám định viên tư pháp không có chức năng thực thi công việc này theo luật định khoản 2 Điều 11 Luật Giám định tư pháp năm 2012 (sửa đổi, bổ sung năm 2020).

Không định lượng được thiệt hại qua dấu hiệu sao chép phim xâm phạm quyền tác giả, nên Tòa án không thể yêu cầu điều tra hình sự theo Điều 225 Bộ luật Hình sự 2015 (được sửa đổi, bổ sung năm 2017) Tội xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan. Thẩm phán cũng không còn cách nào thu thập chứng cứ một cách hợp pháp để thực hiện nhiệm vụ chứng minh, thực chất là nghĩa vụ chứng minh để ra phán quyết cuối cùng. Nguyên nhân là do nguyên đơn không thể xâm nhập một cách bất hợp pháp vào cơ sở dữ liệu trang web, hệ thống thông tin của bị đơn để điều tra làm rõ ai là người sử dụng DeCSS sao chép trái pháp luật phim có quyền tác giả. Bị đơn thì không hợp tác, Tòa án không thể tự mình thu thập chứng cứ điện tử và cũng không có chế tài buộc giao nộp chứng cứ điện tử trong trường hợp này.

4.3.1.3 Cơ sở pháp lý để chấp nhận tính hợp pháp của chứng cứ điện tử

Thẩm phán muốn xử lý, ra phán quyết một cách công bằng thoả đáng trong tình huống này, dựa trên pháp luật Việt Nam thì cần phải có chứng cứ điện tử được các

đương sự cung cấp một cách hợp pháp, hoặc chính Thẩm phán thu thập đúng theo quy định của pháp luật Việt Nam. Trong tình huống này, chứng cứ điện tử ngoài những gì các đương sự cung cấp, Thẩm phán chí ít cần phải có các loại chứng cứ điện tử mang tính quyết định, ví dụ như: Ai là người phát triển phần mềm DeCSS ?; ai là người đưa phần mềm này lên trang web của bị đơn, đưa vào lúc nào; những tài khoản nào đăng nhập vào trang web này để tải phần mềm này, tài khoản đó tính liên quan nội dung và liên quan định danh phải được xác định? Thu thập được cơ sở dữ liệu thông tin, người đăng nhập, người dùng được phân tích, xác minh để tìm ra người tổ chức, tải về phần mềm DeCSS; Bởi lẽ đây là những người có khả năng sử dụng phần mềm DeCSS sao chép tác phẩm có quyền tác giả. Điều tra làm rõ sở hữu phần mềm DeCSS là ai, ai đã tải lên hệ thống dùng chung. Dấu hiệu quan hệ của việc tạo, đăng tải, vận hành phần mềm DeCSS có mối quan hệ gì với bị đơn Shawn Reimerdes, người quản trị và chủ sở hữu trang web.

Với các biện pháp được quy định trong Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 như hiện nay, thì tất cả những yêu cầu trên là không thể thực hiện để có được một cách hợp pháp. Ngoài ra, các yêu cầu pháp lý, yêu cầu chứng minh khác của chứng cứ điện tử cũng không thể đáp ứng được với điều kiện pháp luật Việt Nam, trong trường hợp thu thập chứng cứ điện tử phục vụ chứng minh cho tình huống pháp lý này. Vụ kiện này ở Việt Nam sẽ đi vào bế tắc, ngoại trừ, bị đơn, nguyên đơn họ mệt mỏi vì kiện tụng, họ tự thỏa thuận hoặc thương lượng cho xong. Hay một bên bị yếu thế đành phải chấp nhận kết quả phán quyết ở mức độ chấp nhận được cho xong.

4.3.1.4 Chứng cứ điện tử đáp ứng yêu cầu pháp lý và chứng minh

Theo khoản 1 Điều 2 Luật Giám định tư pháp năm 2012 (sửa đổi, bổ sung năm 2020) thì *"**Giám định tư pháp** là việc người giám định tư pháp sử dụng kiến thức, phương tiện, phương pháp khoa học, kỹ thuật, nghiệp vụ để kết luận về chuyên môn những vấn đề có liên quan đến hoạt động điều tra, truy tố, xét xử và thi hành án hình sự, giải quyết vụ việc dân sự, vụ án hành chính theo trưng cầu của cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng hoặc theo yêu cầu của người yêu cầu giám định theo quy định của Luật này"*. Với định nghĩa giám định tư pháp như nêu trên, giám định thực chất là đánh giá, nó không bao hàm nội dung điều tra truy nguyên, trách nhiệm điều tra truy nguyên là của hoạt động tố tụng, giám định chỉ là một công đoạn trong đó (Lưu Quang Huy, 2018). Chính vì vậy, giám định trong tình huống này không đáp ứng được yêu cầu làm rõ sự thật của vụ án dân sự, vì không thể có thẩm quyền thu thập thêm chứng cứ khác, ngoài những dấu vết, chứng cứ mà Tòa án cung cấp. Cần phải có

biện pháp khác, ví dụ như biện pháp điều tra kỹ thuật số dành cho các vụ án dân sự được tiến hành, chủ trì bởi Thẩm phán hoặc Luật sư có trưng cầu ý kiến chuyên gia. Trong đó có rất nhiều việc phải được tiến hành, như pháp y kỹ thuật số: *Dùng kiến thức trong lĩnh vực công nghệ thông tin kết hợp với các biện pháp điều tra để thu thập chứng cứ điện tử, phục vụ cho việc chứng minh sự thật đã xảy ra trong quá khứ*. Các quy trình, biện pháp điều tra được pháp luật quy định chặt chẽ với điều kiện khắt khe để không bị lạm dụng. Luật Tố tụng Dân sự cần phải được thay đổi theo hướng này mới giải quyết được nhiều vấn đề tranh chấp trong sở hữu trí tuệ điện tử, cần được điều tra làm rõ. Chúng ta cần phải thay đổi tư duy, không ngại tiến hành điều tra thu thập chứng cứ điện tử trong lĩnh vực dân sự, mới bảo đảm được sự công bằng trong hoạt động kinh doanh.

Tóm lại, để giải quyết căn cơ, công bằng bảo vệ quyền lợi chính đáng, hợp pháp của công dân, Bộ luật Tố tụng dân sự cần cụ thể hóa, pháp điển hóa biện pháp pháp y kỹ thuật số cho quá trình tố tụng dân sự.

4.3.2 Sử dụng chứng cứ điện tử trong tranh chấp hợp đồng

4.3.2.1 Tình huống tranh chấp hợp đồng

Tình huống 1 (Tòa án Dĩ An - tỉnh Bình Dương, 2020)

Bản án số 14/2020/KDTM-ST, xét xử ngày 28/9/2020, tại Tòa án nhân dân thành phố Dĩ An, tỉnh Bình Dương về tranh chấp hợp đồng gia công số 01-2018/GCTD-TC, giữa các đương sự: *Nguyên đơn:* Công ty TNHH MTV SXTMDV Ng (gọi tắt là Công ty Ng) và *Bị đơn*: Công ty TNHH Th (gọi tắt là Công ty Th). Ngày 21/3/2019,

Công ty Th gửi cho Công ty Ng bảng đối chiếu công nợ qua địa chỉ email của công ty, với tổng số tiền Công ty Th phải trả cho Công ty Ng là 305.611.000 đồng. Sau đó Công ty Th chỉ thanh toán cho Công ty Ng số tiền 193.000.000 đồng, không tiếp tục thanh toán tiếp. Công ty Ng khởi kiện Công ty Th, yêu cầu Tòa án giải quyết buộc Công ty Th có nghĩa vụ trả cho Công ty Ng số tiền còn lại và lãi phát sinh do chậm trả. Công ty Th thừa nhận Ngày 21/3/2019, Công ty Th gửi email cho Công ty Ng, nội dung email đúng với nội dung email mà Công ty Ng đã cung cấp trong hồ sơ. Tuy nhiên, bị đơn khẳng định nội dung email không phải là bản đối chiếu công nợ giữa hai bên như nguyên đơn khẳng định, vì hai bên chưa chốt được với nhau về các chi phí bên nhận gia công phải bồi thường khi giao hàng lỗi và chậm trễ. Toàn bộ số tiền Công ty Th đã thanh toán cho Công ty Ng sau khi gửi email đều là tiền tạm ứng gia công chứ

không phải chuyển trả cho một đơn hàng, mã hàng cụ thể nào, càng không phải tiền thanh toán công nợ theo email đã gửi. Bị đơn không đồng ý việc Công ty Ng tại Tòa án yêu cầu thanh toán tiền gia công chỉ căn cứ vào nội dung email ngày 21/3/2019 mà Công ty Th đã gửi là không có căn cứ.

Kết quả phán quyết của Tòa án

Căn cứ Điều 13, Điều 14 Luật Giao dịch điện tử năm 2005, Tòa kết luận: "*Như vậy, email ngày 21/3/2019 bị đơn đã gửi cho nguyên đơn có nội dung được* ***bảo đảm toàn vẹn*** *kể từ khi được khởi tạo lần đầu tiên dưới dạng một thông điệp dữ liệu hoàn chỉnh, chưa bị thay đổi; toàn bộ nội dung email này được bị đơn thừa nhận. Do đó, thư điện tử (email) ngày 21/3/2019, có giá trị pháp lý và được chấp nhận là tài liệu chứng cứ làm căn cứ giải quyết vụ án. Buộc bị đơn thanh toán cho nguyên đơn số tiền còn lại là 112.611.000 đồng và tiền lãi do việc chậm thực hiện nghĩa vụ thanh toán là 12.071.899 đồng". Tình*

huống 2

"Công ty TNHH AQ (gọi tắt là AQ) có trụ sở tại tỉnh TH, và Công ty Liên doanh giữa Việt Nam và Hàn Quốc có tên là Công ty HN (gọi tắt là HN) Công ty này có trụ sở tại thành phố Hà Nội. Qua trao đổi email Công ty AQ và Công ty HN đã ký kết hợp đồng kinh tế mua bán hàng hóa số 09/2009/HĐMBHH/HN-AQ vào ngày 24/7/2009. Việc thực hiện hợp đồng, từ khâu giao nhận hàng, thanh toán đều được nhân viên của hai công ty trao đổi, ghi lại thông qua điện thoại, tin nhắn, thư điện tử của cá nhân nhân viên. Do điều kiện khách quan hai bên chấp nhận dừng, thanh lý hợp đồng, kết quả Công ty AQ thừa nhận nợ Công ty HN số tiền 8.980.000.000 VND, thời gian thanh toán xong là 01 năm. Sau đó, Công ty AQ đã không thực hiện nghĩa vụ trả nợ theo cam kết. Công ty HN đã khởi kiện Công ty AQ tại Tòa án nhân dân (TAND) thành phố TH và được thụ lý giải quyết. Trong quá trình giải quyết vụ án, phía nguyên đơn đã sao lục và cung cấp cho Tòa án những chứng cứ điện tử như email, tin nhắn, danh sách các cuộc gọi điện thoại, bản sao kê thanh toán qua Ngân hàng. Phía bị đơn thì cho rằng họ không nhận được các thông tin trao đổi qua hộp thư điện tử, các số máy điện thoại không phải của người đại diện theo pháp luật hay các văn bản ủy quyền hợp lệ, không chấp nhận các tập quán thương mại mà hai bên đã thực hiện vì không có thỏa thuận. Để giải quyết vụ án một cách toàn diện, đầy đủ, TAND thành phố TH đã tiến hành thu thập và kiểm tra tính xác thực của các chứng cứ mà nguyên đơn cung cấp, tuy nhiên, do thời gian thực hiện hợp đồng tương đối dài, các máy chủ không đặt tại Việt Nam cũng như một bên không cung cấp nên các chứng cứ do nguyên đơn cung cấp

đều không được chấp nhận. Ngày 20/5/2014, TAND thành phố TH đã tiến hành xét xử và ra bản án bác yêu cầu khởi kiện của Công ty Liên doanh HN" (Lê Văn Thiệp, 2016).

Trong các tình huống trên tác giả tập trung nghiên cứu các quy định của pháp luật Việt Nam về việc thu thập, giao nộp, xác minh, đánh giá chấp nhận và sử dụng chứng cứ điện tử để chứng minh các tình huống pháp lý.

4.3.2.2 Thu thập chứng cứ điện tử thực hiện nghĩa vụ yêu cầu, chứng minh hình thức

Theo Điều 186, Điều 189 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 trong tình huống 1, Công ty Ng khởi kiện Công ty Th tại Tòa án Dĩ An, Bình Dương; tình huống 2, Công ty HN khởi kiện Công ty AQ tại Tòa án Tỉnh TH. Với tình huống 1, thực hiện nghĩa vụ yêu cầu, Công ty Ng là nguyên đơn gửi đơn đến Tòa án Dĩ An có thẩm quyền xét xử giải quyết yêu cầu của mình, về việc yêu cầu công ty Th tiếp tục trả khoản tiền còn thiếu và khoản lãi do việc trả chậm. Theo Điều 96 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015, công ty Ng thực hiện nghĩa vụ chứng minh hình thức bằng việc giao nộp tài liệu, chứng cứ cho Tòa án Dĩ An bao gồm các loại chứng cứ nhưng chắc chắn phải có chứng cứ điện tử là email mà công ty Th gửi cho công ty Ng vào ngày 21/03/2019. Email này được công ty Ng giao nộp cho Tòa án dưới dạng nào thì không rõ, nhưng chỉ có hai cách cơ bản một là in ra giấy, hai là chép vào thiết bị lưu trữ ngoài. Tình huống 2, Công ty HN khi khởi kiện Công ty AQ ở Tòa án TH, cũng phải nộp cho Tòa án TH các chứng cứ là email cũng tồn tại một trong hai dạng nêu trên, là thực hiện nghĩa vụ yêu cầu và nghĩa vụ chứng minh hình thức.

Theo khoản 1, 2, 3 Điều 95 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015, khoản 12 Điều 4, Điều 14 Luật Giao dịch điện tử năm 2005, thì tất cả những tài liệu, dữ liệu điện tử công ty Ng (tình huống 1) và công ty HN (tình huống 2) thực hiện nghĩa vụ chứng minh hình thức giao nộp đều được xem là chứng cứ được cung cấp bởi nguyên đơn, Tòa án có trách nhiệm phải thu nhận. Nếu việc giao nộp của đương sự được Tòa án tiến hành thu nhận lập biên bản đơn giản như Điều 96 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015, thì không phù hợp với loại chứng cứ này, vì chứng cứ ở đây là chứng cứ điện tử. Bản chất của loại chứng cứ này là được cung cấp từ nguồn dữ liệu điện tử. Để có cơ sở Tòa án đánh giá được chấp nhận hay không, Tòa án phải yêu cầu nguyên đơn trình bày, cách thức họ thu thập loại chứng cứ này, hay khác hơn là phương pháp nội dung, phương pháp hình thức (đã được tác giả trình bày, làm rõ trong Chương 2), tất cả việc này phải được ghi vào biên bản, để sau này Tòa án kiểm tra xem chứng cứ có đủ điều kiện để

chấp nhận như Chương 3 đã trình bày. Nếu xem đây là việc thu thập chứng cứ theo Điều 97 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 thì không được luật quy định trình tự thủ tục thu thập chứng cứ loại này. Nếu yêu cầu đương sự in ra bản sao thì không bảo đảm tính toàn vẹn chứng cứ điện tử, vì khi sử dụng máy tính bình thường để đọc và in dữ liệu từ USB chắc chắn một điều siêu dữ liệu các tệp tin ở đó sẽ thay đổi, không ai kiểm soát được điều này, chắc gì dữ liệu điện tử bảo đảm được tính nguyên vẹn. Hơn nữa dung lượng rất lớn nếu in ra giấy thì rất tốn kém và cũng không mang lại hiệu quả khi sử dụng.

Khắc phục tình trạng này, pháp luật Việt Nam cần quy định rõ một số vấn đề để các dữ liệu điện tử phải được in ấn sao chép dưới dạng nghe, nhìn, đọc và hiểu được, mà không làm thay đổi bản gốc, tính toàn vẹn chứng cứ điện tử (Nguyễn Hải An, 2019). Việc này thoạt qua thấy đơn giản, nhưng nó là cả một quy trình phải được luật hóa chặt chẽ. Trong các tình huống này, chứng cứ điện tử là email, việc in, sao chép email cần được in ra dưới dạng văn bản đọc được, nhưng không thể cắm USB vào máy tính với phần mềm tương thích đọc được, in ra là xong; bởi vì, khi đó siêu dữ liệu sẽ thay đổi, tính toàn vẹn của chứng cứ điện tử bị vi phạm. Cần phải có công cụ chuẩn được pháp luật công nhận, ví dụ như công cụ Magic Cube sao chép ổ đĩa tạo thành file ảnh, sau đó in tệp tin có chứa email điện tử từ ổ đĩa sao chép này. Ngoài ra, chép sao email header cũng cần phải có công cụ Tableau nhằm mục đích chống ghi đè, thay đổi dữ liệu điện tử. Hiện nay, có rất nhiều công cụ, thiết bị, phần mềm phục vụ cho từng loại dữ liệu được hình thành từ các quy trình công nghệ, thiết bị điện tử khác nhau, pháp luật cần đánh giá và cho phép sử dụng, khi đó kết quả của nó mới có giá trị pháp lý. Như vậy, pháp luật về chứng cứ của Việt Nam cần nên sớm bổ sung hoàn thiện vấn đề này thì chứng cứ điện tử mới có giá trị sử dụng rộng rãi, phổ biến trong các cơ quan tài phán.

Tóm lại, để các chủ thể hoàn thành nghĩa vụ yêu cầu, nghĩa vụ chứng minh hình thức, đồng thời giúp Tòa án, các cơ quan tài phán khác hoàn thành nhiệm vụ chứng minh của mình, pháp luật Việt Nam cần phải luật hóa các vấn đề sau: (1) Chuẩn hóa mô hình quy trình điều tra thu thập chứng cứ kỹ thuật số; (2) pháp luật hóa công cụ pháp y kỹ thuật số; (3) tuân thủ lập biên bản nghiêm ngặt từng hành vi trong suốt quá trình, tức là xác lập chuỗi hành trình lưu ký hay kỹ thuật giám sát nguồn gốc chứng cứ điện tử; (4) đào tạo nguồn nhân lực đáp ứng nhu cầu chủ thể thực hiện pháp y kỹ thuật số; (5) khi cần thiết công việc này phải được thực hiện trong phòng thí nghiệm pháp y kỹ thuật số, vì vậy, chất lượng của nó cũng cần phải được luật hóa; (6) quy định các

bước kiểm tra tính nguyên vẹn về dữ liệu điện tử; (7) một số công nghệ đòi hỏi phải có người hiểu biết, có chuyên môn sâu thực hiện và lý giải với tư cách vừa là chuyên gia, vừa là nhân chứng trong lĩnh vực pháp y kỹ thuật số; (8) một số trường hợp cần phải giám định trước khi chấp nhận, hoặc công bố nên cần phải luật hóa pháp y kỹ thuật số. Hay nói khác hơn trong giai đoạn này các đương sự hoàn thành nghĩa vụ yêu cầu, nghĩa vụ chứng minh hình thức, Tòa án, các cơ quan tài phán khác thực hiện đánh giá chấp nhận chứng cứ điện tử, từ yêu cầu công nghệ được quy định khách quan bởi bản chất của chứng cứ điện tử.

4.3.2.3 Chủ thể sử dụng chứng cứ điện tử xem xét chấp nhận yêu cầu pháp lý

Công đoạn này, chúng ta giả sử rằng các loại chứng cứ điện tử được thu thập, giao nộp xong, Tòa án thực hiện Điều 108 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015. Các chủ thể tham gia sử dụng chứng cứ điện tử, để đánh giá chấp nhận chứng cứ điện tử theo thực hiện Điều 108 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 là chưa đủ để kết luận chấp nhận chứng cứ đáp ứng yêu cầu pháp lý; bởi vì, đối với chứng cứ điện tử nếu không xem xét độ tin cậy là không thể chấp nhận được. Chứng cứ điện tử phải được thu thập bằng thiết bị nghiệp vụ kỹ thuật. Nói cách khác, chứng cứ điện tử không thể được thu thập bằng bất kỳ công cụ gì, bởi công cụ thu thập ảnh hưởng đến tín nguyên vẹn của dữ liệu, hay khác hơn là tính toàn vẹn của chứng cứ. Việc bảo quản chứng cứ điện tử không đáp ứng yêu cầu công nghệ sẽ dẫn đến không toàn vẹn của chứng cứ, mất độ tin cậy, ảnh hưởng đến tính hữu dụng của chứng cứ điện tử. Pháp luật Việt Nam phải bổ sung các yêu cầu đã được phân tích trong Mục 3.3, Chương 3 của đề tài. Tình huống pháp lý nêu trên sẽ giúp chúng ta làm rõ vấn đề này. Việc căn cứ vào Điều 13, Điều 14 của Luật Giao dịch điện tử năm 2005 để kết luận một thông điệp điện tử còn nguyên vẹn là không khách quan, nội dung đọc được của một thông điệp điện tử còn nguyên vẹn nội dung, được Tòa án, cơ quan tài phán cho là thông điệp điện tử còn nguyên vẹn là không phản ánh đúng bản chất công nghệ của chứng cứ điện tử. Trong trường hợp tình huống 1, Tòa án công nhận thông điệp điện tử còn nguyên vẹn, dựa trên sự đồng tình, công nhận nội dung thông điệp điện tử còn nguyên nội dung của các đương sự trong vụ kiện là có cơ sở; trong trường hợp một trong hai bên không đồng thuận trong việc công nhận nội dung email, thì vấn đề phải quay lại việc kiểm tra, quy trình thu thập, bảo quản chứng cứ điện tử.

Tính hợp pháp của các tài liệu được các đương sự giao nộp cho Tòa án phải được thẩm phán kiểm tra cách nào họ có được, nếu có được do hoạt động hợp pháp của họ thì được Tòa án chấp nhận, ngược lại thì không thể. Ví dụ: Người đại diện cho

Công ty Ng, Công ty HN giao nộp cho Tòa án nội dung trao đổi qua email, và các thông tin khác mà chưa được sự đồng ý của người có quyền quyết định ở công ty Ng và HN, việc này là không hợp pháp, bởi lẽ, nội dung đó là bí mật kinh doanh của công ty, chỉ người có trách nhiệm của công ty mới có đủ thẩm quyền quyết định công bố nó hay không. Trong 2 tình huống trên việc cung cấp chứng cứ là hợp pháp.

Tính liên quan của các tài liệu, khi các tài liệu đã được chuyển sang chế độ nghe nhìn, đọc hiểu được, và đúng quy định như đã được nêu trong Mục 4.3.2.2 ở trên, Tòa án cần phải đánh giá tính liên quan của các tài liệu này để có chấp nhận hay không chấp nhận. Trong trường hợp đã chuyển sang chế độ nghe nhìn mà vẫn không thể tự đọc hiểu được, ví dụ: email header của các email, chắc chắn Thẩm phán không tự đọc hiểu được. Việc này cần phải được trưng dụng người có kiến thức, chuyên môn hoặc chuyên gia, đọc và giải thích chi tiết theo yêu cầu của Thẩm phán, phải lập biên bản được tập hợp chung vào hành trình lưu ký. Sau khi đọc hiểu, Thẩm phán quyết định tính liên quan nội dung của tài liệu, đồng thời làm rõ cá thể hóa tính liên quan định danh là cần thiết, để quyết định chấp nhận hay không chấp nhận chứng cứ điện tử. Pháp luật Việt Nam chưa thấy quy định, hướng dẫn thực hiện công việc này.

Tính xác thực của chứng cứ điện tử, đây là công việc đòi hỏi tốn nhiều công sức và phức tạp, nhưng lại cực kỳ quan trọng. Các tài liệu được chuyển sang chế độ đọc hiểu, nghe, nhìn được nhưng cũng phải kiểm tra lại tính xác thực. Ví dụ: Các tài liệu email bắt buộc phải kèm theo email header và siêu dữ liệu của tài liệu này mới có thể kiểm tra được tính xác thực của tài liệu. Việc sao chép tài liệu được thực hiện ra sao. Tất cả được lập biên bản cụ thể có sự chứng kiến của các đương sự. Việc này chưa thấy luật Việt Nam quy định, thiết nghĩ cần nên sớm hướng dẫn thực hiện.

Độ tin cậy của chứng cứ điện tử, với tình huống nêu ở trên thì việc kiểm tra độ tin cậy là tương đối đơn giản, nhưng trong công nghệ thông tin còn nhiều loại dữ liệu điện tử hình thành chứng cứ điện tử được tạo ra theo công nghệ phức tạp hơn nhiều. Chính vì vậy, Thẩm phán cần trưng dụng ý kiến chuyên gia trong lĩnh vực này, hoặc pháp luật cần quy định rõ ràng, kỹ thuật nào được cho phép thực hiện như thế nào đối với từng loại công nghệ hình thành chứng cứ điện tử. Trong tình huống này, Thẩm phán cần trưng dụng người có kiến thức chuyên môn hay chuyên gia đánh giá kỹ thuật sao chép đã hợp lý, phù hợp với yêu cầu công nghệ chưa, kỹ thuật ấy có thể đưa đến lỗi dự kiến là gì, kỹ thuật đó được đánh giá chấp nhận chưa. Tất cả điều phải được lập biên bản cụ thể. Pháp luật Việt Nam cũng chưa có quy định này.

Tính toàn vẹn của chứng cứ điện tử, Thẩm phán cũng cần trưng dụng ý kiến chuyên gia đánh giá việc lưu trữ dữ liệu điện tử được sao chép của các bên, về mặt công nghệ có bảo đảm tính nguyên vẹn của dữ liệu hay không, có thể xảy ra lỗi hay không, nếu có thì đó là lỗi gì. Việc lưu trữ dữ liệu của các đương sự là bảo đảm nguyên vẹn dữ liệu chưa, có thể bị nhiễm từ làm thay đổi dữ liệu không trong trường hợp nào thì có thể xảy ra. Đó là những việc đơn giản về mặt công nghệ cho tình huống này. Chắc chắn còn có những vấn đề phức tạp, khó khăn hơn trong xác định tính toàn vẹn chứng cứ điện tử với những loại công nghệ phức tạp. Nhưng cũng chưa thấy điều luật nào trong hệ thống pháp luật của Việt Nam để vận dụng thực hiện được.

Tính hữu dụng của chứng cứ điện tử, Thẩm phán cũng cần xem xét đánh giá từng loại chứng cứ điện tử để thu nhận. Tất cả chứng cứ điện tử mà các đương sự giao nộp cần được đánh giá tính hữu dụng để quyết định thu nhận hay không, hoặc yêu cầu các đương sự giao nộp thêm, để hoàn thành bước kiểm tra, đánh giá chấp nhận chứng cứ điện tử, một công đoạn trong quá trình sử dụng chứng cứ điện tử.

Quá trình này được xem là một trong những điều kiện để đưa chứng cứ điện tử vào sử dụng. Tiếp tục là Tòa án sử dụng chứng cứ điện tử này để công bố và sử dụng sau này. Phục vụ yêu cầu chứng minh sự kiện, sự việc, tình huống pháp lý đã xảy ra.

4.3.2.4 Chủ thể thực hiện nghĩa vụ chứng minh nội dung

Đây là giai đoạn được thực hiện bởi các đương sự khi họ thực hiện nghĩa vụ chứng minh. Căn cứ trên đối tượng yêu cầu chứng minh được quy định tại Điều 91 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 và nội dung tranh chấp của các đương sự, mỗi đương sự sử dụng chứng cứ điện tử mình đã giao nộp hoặc thu thập được, hình thành nên một giả thuyết phản ánh nghĩa vụ yêu cầu của mình, với lập luận chặt chẽ, thuyết phục để chứng minh những yêu cầu của mình, là hợp lý, hợp pháp, nhằm bảo vệ quyền lợi.

Trong tình huống 1, lập luận của nguyên đơn Công ty Ng và bị đơn Công ty Th đều thừa nhận việc trao đổi và công nhận nội dung email, nên việc phán quyết của Thẩm phán gặp thuận lợi và có cơ sở chứng cứ điện tử là email. Trong tình huống 2, phía bị đơn không thừa nhận việc trao đổi với nguyên đơn qua email, không thừa nhận các email. Hội đồng xét xử lại không kiểm tra được tính xác thực của email, máy chủ email không ở Việt Nam nên không có nội dung email để đối chiếu, địa chỉ email sử dụng trong trao đổi giữa hai công ty không được ghi trong giấy đăng ký kinh doanh. Với các lý do trên, Tòa án đã bác yêu cầu của nguyên đơn. Việc này rõ ràng cơ quan thực thi pháp luật chưa làm hết trách nhiệm do pháp luật Việt Nam còn khiếm khuyết. Trong tình huống 2, để bảo đảm tính công bằng theo Điều 15 Bộ luật Tố tụng Dân sự

năm 2015, trong trường hợp này Thẩm phán cần tiến hành điều tra pháp y email, hay rộng hơn là điều tra pháp y kỹ thuật số trong dân sự. Việc này cần được pháp luật quy định rõ ràng trong luật, với các trình tự, thủ tục phải hết sức cụ thể trong luật. Các lý do bác yêu cầu của nguyên đơn trong tình huống 2 của Hội đồng xét xử là không thuyết phục. Không thể tất cả địa chỉ email, số điện thoại được sử dụng trong một công ty phải được ghi vào giấy phép kinh doanh thì mới có giá trị pháp lý. Cũng không thể bảo máy chủ email không ở Việt Nam thì email của nguyên đơn không được chấp nhận vì tính chất quốc tế, toàn cầu hóa của nó. Ít nhất Hội đồng xét xử yêu cầu nguyên đơn cung cấp email header, sử dụng ý kiến chuyên gia tiến hành điều tra làm rõ dựa trên thông tin có được, để xác định các thông tin nào có lý, trước khi nghe các bên tham gia tranh tụng; cuối cùng Tòa án phải có phán quyết hợp lý nhất có thể, không thể từ chối yêu cầu khởi kiện, do máy chủ email không có ở Việt Nam,

Tóm lại, trong tình huống này, chúng ta đã đưa ra được một số thiếu sót của pháp luật Việt Nam cần phải bổ sung, hoàn thiện, trình tự, thủ tục, yêu cầu chuẩn công nghệ để phục vụ cho việc giao nộp, thu nhận, kiểm tra, đánh giá, chấp nhận, thực hiện nghĩa vụ yêu cầu, nghĩa vụ chứng minh hình thức, nghĩa vụ chứng minh nội dung với biện pháp điều tra pháp y kỹ thuật số phù hợp với thông lệ quốc tế đối với việc sử dụng chứng cứ điện tử trong lĩnh vực dân sự.

4.3.3 Sử dụng chứng cứ điện tử vi phạm luật cạnh tranh trong nền kinh tế số 4.3.3.1 Tình huống Bộ Tư pháp Hoa Kỳ kiện Microsoft độc quyền

Hệ điều hành máy tính cá nhân của Công ty Microsoft vào năm 1998 có thị phần chiếm 80%, tích hợp phần mềm Internet Explorer (IE) trình duyệt web để khi máy tính nào sử dụng hệ điều hành của họ thì đương nhiên sử dụng IE duyệt web, ngăn cản cài đặt các phần mềm có tính năng tương tự. Độc quyền đã dẫn đến cạnh tranh không lành mạnh. Tháng 11 năm 1999, Công tố viên Tòa sơ thẩm đã kết luận rằng Microsoft có sức mạnh thị trường quá lớn và đã lạm dụng quyền lực này. Đến ngày 01/11/2002, Thẩm phán liên bang Mỹ thụ lý vụ kiện giữa chính phủ với công ty Microsoft về chống độc quyền, vụ kiện kéo dài 4 năm rưỡi. Phán quyết cuối cùng của Tòa án mang lại sự thỏa mãn cho nhà sản xuất phần mềm, hài lòng các nhà đầu tư. Tòa án Mỹ quyết định cho phép các nhà sản xuất máy tính tự do mua giấy phép hệ điều hành Windows, lựa chọn phần mềm ứng dụng để cài đặt, sử dụng trên sản phẩm của họ, không bắt buộc phải là phần mềm của Microsoft, không lệ thuộc bắt buộc phải sản phẩm của Microsoft. Công ty Microsoft không được sử dụng lợi thế về chiếm tỷ trọng cao trong thị trường gây khó khăn cho các nhà sản xuất, kinh doanh khác. Bộ Tư pháp

Hoa Kỳ giám sát việc thực hiện hình phạt đối với Công ty Microsoft trong vòng 5 năm và có thể kéo dài thêm 2 năm nếu không thực hiện nghiêm túc (Demougin, D., & Fluet, C., 2006). Trong vụ việc này Uỷ ban Châu Âu cũng đã ra phán quyết hành vi của Microsoft ngăn cản các máy PC trên toàn thế giới không được phép cài đặt các trình duyệt web cạnh tranh với IE của Microsoft; vì vậy, hành vi của Microsoft đã bị kết thành hành vi chống cạnh tranh dưới hình thức độc quyền trình duyệt web của riêng mình có tên là Internet Explorer vào hệ điều hành Windows của Microsoft (Romano, L. V., 2005).

Trong vụ kiện trên, xử lý tình huống pháp lý cần phải có chứng cứ để chứng minh có hay không hành vi hạn chế cạnh tranh dẫn đến độc quyền, đó là những tài liệu có liên quan mà các cơ quan tố tụng cạnh tranh, luật sư, nguyên đơn, bị đơn và những người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan thu thập và đưa ra tranh tụng trước tòa. Tuy nhiên, đây là hoạt động kinh doanh và cạnh tranh trên nền tảng kỹ thuật số; như vậy, chứng cứ của nó đa phần phải ở dạng dữ liệu điện tử được thu thập và xử lý đúng trình tự tố tụng cạnh tranh và đây chính là chứng cứ điện tử phục vụ cho quá trình điều tra, xét xử, phán quyết của các cơ quan tố tụng, cơ bản phải có các tài liệu dưới dạng dữ liệu điện tử.

Để chứng minh có hay không các hành vi độc quyền của công ty Microsoft, các cơ quan tố tụng cạnh tranh tối thiểu phải thu thập được các loại bằng chứng điện tử sau: Mô tả sản phẩm được đệ trình cho nhà chức trách khi cung cấp sản phẩm ra thị trường, toàn bộ mã nguồn và thiết kế kỹ thuật, mô tả tính năng, tiêu chuẩn kỹ thuật. Kết quả phân tích/ điều tra đặc tính sản phẩm trong môi trường có giám sát của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Phân tích ở đây nhằm mục đích thu thập chứng cứ để chứng minh với đặc tính này sản phẩm có hạn chế cạnh tranh hay không, dẫn tới độc quyền hay không. Phân tích chứng cứ điện tử chứng minh xem việc không ảnh hưởng của phần mềm do bên thứ ba phát hành có ảnh hưởng tiêu cực đến hệ thống hay không. Chính sách bán hàng của nhà sản xuất và cung cấp sản phẩm công bố, thường là công bố dưới dạng dữ liệu điện tử, cũng là tài liệu chứng cứ điện tử để chứng minh có hạn chế cạnh tranh dẫn đến độc quyền hay không, thể hiện ở chỗ người dùng cuối có bị ràng buộc về công nghệ hay tiện ích nào khác không. Các điều khoản hay các quy định trong hợp đồng phát hành phần mềm thường là dưới dạng dữ liệu điện tử, cũng là chứng cứ điện tử để chứng minh. Số liệu nghiên cứu thị trường là thước đo tổng sản phẩm có trên thị trường, có thể được thu thập qua các công cụ phần mềm hoặc các

mạng xã hội, nó là thước đo để đánh giá sự chiếm lĩnh thị trường của một sản phẩm, dịch vụ công nghệ.

4.3.3.2 Vụ Google sáp nhập Doubleclick

Dựa theo tài liệu: Statement of Federal Trade Commission (FTC) Concerning Google/ DoubleClick FTC File No. 071-0170 (Federal Trade Commission, 2007). Để hiểu rõ vụ này cần tìm hiểu về quảng cáo trực tuyến trong thời điểm hai công ty này sáp nhập; các thành phần và cách thức vận hành trong quảng cáo trực tuyến được hiểu như sau: Nhà quảng cáo có thể là một doanh nghiệp muốn quảng bá thương hiệu hoặc sản phẩm của chính mình, hay là một công ty kinh doanh quảng cáo được doanh nghiệp thuê làm công việc này. Như vậy, họ sẽ tìm nơi để mua không gian quảng cáo, có thể là chủ của công cụ tìm kiếm (ví dụ Google thông qua AdWord để bán không gian quảng cáo) và nhà sản xuất nội dung hay nhà xuất bản trong kinh doanh quảng cáo (ví dụ chủ sở hữu trang Web bán không gian quảng cáo trên trang Web của mình), và công ty trung gian quảng cáo để đặt quảng cáo ở đúng nơi mà họ muốn (công ty làm công việc này tốt nhất chính là các công ty tìm kiếm mà Google là một tiêu biểu); nhà quảng cáo có thể mua trực tiếp không gian quảng cáo từ nhà xuất bản hoặc qua công ty trung gian quảng cáo, thời điểm này Google chính là công ty trung gian quảng cáo. Để bảo đảm sản phẩm của nhà quảng cáo được phân phối và quản lý đúng như nhà sản xuất quảng cáo và công ty quảng cáo, thì cần phải có công ty quản lý phân phối sản phẩm quảng cáo cho bên thứ ba và Doubleclick chính là công ty như vậy. Trong vụ, này FTC phân tích các chứng cứ điện tử mà họ thu thập được, kết luận rằng việc sáp nhập không dẫn đến hạn chế cạnh tranh, nên họ đã đồng ý cho Google mua lại Doubleclick.

Chứng cứ điện tử trong trường hợp này cần phải có là: (1) Bản mô tả sản phẩm của nhà sản xuất, kinh doanh phải được đăng ký với cơ quan nhà nước có thẩm quyền khi đưa sản phẩm của mình vào hoạt động trên thị trường. Đây là bản công bố chi tiết về tính năng dịch vụ, dưới dạng dữ liệu điện tử khi đưa dịch vụ vào hoạt động kinh doanh, nếu không công bố chi tiết thì phải chịu trách nhiệm trước pháp luật về những dịch vụ không rõ ràng khi người dùng bị thiệt hại, hoặc nhầm lẫn. (2) Bản kết luận của các cơ quan công quyền có chức năng đã kiểm chứng, phân tích tính năng của sản phẩm để có bằng chứng xác thực tính năng của sản phẩm, dịch vụ. (3) Các mẫu sáng chế liên quan có trong sản phẩm đã được đăng ký với cơ quan chức năng. Một sản phẩm có thể chứa hàng loạt các mẫu sáng chế (mẫu sáng chế trong trường hợp này luôn phải có mã nguồn), các sáng chế này tạo ra các công cụ chức năng để đăng ký

hành vi, dịch vụ, công cụ, hành động... từ đó cấu thành sản phẩm dành cho người dùng sử dụng. (4) Các điều khoản trong hợp đồng với khách hàng, nhà phân phối bao gồm tất cả các loại hợp đồng điện tử và hợp đồng truyền thống: Điều gì được làm, điều gì không được làm và ở đây có thể thấy các điều khoản phục vụ cho mục tiêu hạn chế cạnh tranh dẫn đến độc quyền. (5) Kết quả kiểm toán, bao gồm kết quả kiểm toán các công ty đối thủ cạnh tranh của Google và DoubleClick để xác định thị phần của công ty, từ đó tính xem tỷ lệ khống chế thị phần. Kết quả kiểm toán có thể là tài liệu thông tin trên giấy, chứng từ hợp lệ và cũng có thể là dữ liệu điện tử được công nhận. (6) Số liệu được thu thập qua nghiên cứu thị trường nhằm xác định tổng sản phẩm trên thị trường. Ngày nay, việc tiến hành nghiên cứu thị trường được tiến hành bằng nhiều công cụ khác nhau, trong đó được tiến hành trên các phương tiện công cụ kỹ thuật số trở thành phổ biến do thế mạnh của các phương tiện này, vì vậy, tài liệu nghiên cứu thị trường trong trường hợp này phần lớn là dữ liệu điện tử. (7) Kết quả điều trần trong lĩnh vực này để xác định đây có phải là công nghệ nền hay không, nếu là công nghệ nền thì bắt buộc phải mở để cộng đồng có thể tham gia phát triển, đồng thời nó phải hỗ trợ cho những công nghệ khác phát triển.

4.3.3.3 Đối chiếu với pháp luật Việt Nam

Trong hai vụ kiện trên, nếu xảy ra ở Việt Nam thì rất khó để giải quyết, nhưng nếu Luật Việt Nam có quy định buộc các công ty khi kinh doanh trên lĩnh vực công nghệ thông tin phải đăng ký đầy đủ sản phẩm của mình với cơ quan nhà nước có thẩm quyền, cơ quan nhà nước có trách nhiệm phân tích ảnh hưởng của nó đến thị trường và đưa ra khuyến cáo cụ thể, việc kinh doanh như vậy tác động đến cạnh tranh thị trường trong và ngoài nước như thế nào, để từ đó họ có điều chỉnh tránh những hành vi hạn chế cạnh tranh. Công ty cũng phải đăng ký các sáng chế cụ thể rõ ràng, để Nhà nước bảo vệ quyền lợi cho họ, đồng thời làm cơ sở cung cấp chứng cứ điện tử để giải quyết các tình huống pháp lý sau này. Chính sách bán hàng, dịch vụ được phổ biến trên không gian mạng của họ cũng phải được kiểm tra nghiêm ngặt để bảo vệ người tiêu dùng, đồng thời cũng là cơ sở để phát hiện có hay không vi phạm hạn chế cạnh tranh. Cơ quan nhà nước phải quy định cụ thể sản phẩm như thế nào là sản phẩm nền, để sản phẩm này là sản phẩm mở cho nhiều người tham gia phát triển, tránh trường hợp lạm dụng đi đến độc quyền. Ví dụ như hệ điều hành máy tính là sản phẩm nền, phải là sản phẩm mở để các công ty, cá nhân có thể tham gia phát triển các ứng dụng trên nền tảng hệ điều hành này. Tránh độc quyền như trường hợp phần mềm IE của Microsoft. Luật Công nghệ thông tin và Luật Cạnh tranh của Việt Nam còn quy định khá chung chung

đối với các trường hợp này. Luật Tố tụng Cạnh tranh còn rất sơ sài, là bản thu nhỏ của tố tụng dân sự, không chi phối được các yêu cầu của chứng cứ điện tử trước yêu cầu phát triển của thực tiễn.

Tóm lại, trong phần này chúng ta thấy để giải quyết vấn đề vi phạm hạn chế cạnh tranh, pháp luật Việt Nam cụ thể là Luật Tố tụng cạnh tranh cần mở rộng thẩm quyền cho cơ quan Điều tra cạnh tranh họ có đủ điều kiện tham gia điều tra thu thập chứng cứ điện tử; đồng thời cũng cho phép Luật sư, người đại diện quyền và lợi ích hợp pháp của các đương sự tham gia điều tra thu thập chứng cứ điện tử bằng biện pháp pháp y kỹ thuật số. Tuy nhiên, khi cho phép thì phải có cơ quan giám sát kiểm tra với các quy trình công khai, minh bạch, chặt chẽ tránh lạm dụng, xâm phạm đến các lợi ích chính đáng khác.

4.3.4 Sử dụng chứng cứ điện tử trong vụ án hình sự

Trong các vụ án hình sự, việc sử dụng chứng cứ điện tử cũng như các loại chứng cứ khác đóng một vai trò cực kỳ quan trọng, nó quyết định đến thành công hay thất bại của một vụ án, ảnh hưởng nghiêm trọng đến đời sống của con người, thậm chí ảnh hưởng trực tiếp đến sinh mạng. Pháp luật Việt Nam trên lĩnh vực hình sự, mặc dù chưa được hướng dẫn cụ thể về quy trình, trình tự, thủ tục thu thập, chấp nhận, sử dụng chứng cứ điện tử, nhưng do tuân thủ nghiêm ngặt các nguyên tắc trong sử dụng chứng cứ điện tử, nên đã vận dụng pháp luật hiện có, giải quyết có hiệu quả việc thu thập, đánh giá chấp nhận, sử dụng chứng cứ điện tử, đưa đến việc xét xử thành công các vụ án quan trọng. Tình huống nghiên cứu dưới đây phản ánh điều đó: *Vụ án Lừa đảo chiếm đoạt tài sản của ĐNH và đồng phạm, chiếm đoạt số tiền thu phí cao tốc Tp. Hồ Chí Minh – Trung Lương* (Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh, 2020). Việc thu phí trên tuyến cao tốc Thành phố Hồ Chí Minh - Trung Lương được quản lý thông qua phần mềm thu phí ITOLL Plus (gọi tắt là phần mềm ITD), cài đặt tại 04 Trạm của hệ thống thu phí trên tuyến cao tốc Thành phố Hồ Chí Minh - Trung Lương gồm: Trạm Chợ Đệm (trạm Trung tâm tại Bình Chánh); Trạm Thân Cửu Nghĩa (tại Tiền Giang); Trạm Tân An (Long An), Trạm Bến Lức (Long An). Khi tiếp nhận việc thu phí, Công ty YK có nghĩa vụ giữ nguyên hệ thống đã được bàn giao tiếp tục vận hành không được thay đổi. Tuy nhiên, với mục đích chiếm đoạt tài sản ngay từ đầu, ĐNH đã chỉ đạo nhân viên thuộc Công ty YK thực hiện nhiều hành vi, thủ đoạn gian dối để cắt giảm, che giấu doanh thu, chiếm đoạt tiền thu phí. Đặc biệt, ĐNH và đồng bọn thuê NXH Giám đốc Công ty XP viết phần mềm nhằm can thiệp vào phần mềm thu phí ITD (gọi là phần mềm XP). Phần mềm XP đã thực hiện được các tính năng:

- Lấy dữ liệu mệnh giá vé trong cơ sở dữ liệu lưu trữ số xe lưu thông thực tế.
- Chọn thời gian để lấy số lượng, mệnh giá vé cần chuyển đổi.
- Chọn tỷ lệ phần trăm số vé cần thay đổi mệnh giá (chọn tỷ lệ phần trăm thế nào tùy ý muốn của người sử dụng phần mềm).
- Thực hiện thay đổi mệnh giá vé cao xuống mệnh giá thấp trong tỷ lệ phần trăm đã chọn được bị cáo định trước.
- Lấy biển số xe, số lượng xe ô tô của ngày trước (đã thu phí) đè chồng lên biển số xe, số lượng của ngày cần thay đổi.

Phần mềm này được cài đặt trên máy tính có kết nối với hệ thống máy tính tại 4 Trạm thu phí. Về dữ liệu thực tế của các trạm thu phí được hệ thống máy tính đồng bộ, lưu giữ trên máy chủ trung tâm đặt ở trạm Chợ Đệm. Khi phần mềm XP vận hành, ĐNH chỉ đạo đồng bọn xoá các dữ liệu thu phí thật trên các máy chủ từ năm 2016 trở về sau, để che dấu hành vi gian dối cắt giảm doanh thu chiếm đoạt tiền thu phí. Trước khi xoá các dữ liệu được sao chép lưu trữ vào 04 ổ đĩa. Qua quá trình thu thập chứng cứ điện tử xác định, từ tháng 01/2014 đến hết tháng 12/2018, ĐNH và đồng bọn của Công ty YK, chiếm đoạt tiền thu phí là: 725.325.876.000 đồng**.**

4.3.4.1 Thu thập chứng cứ điện tử thực hiện nghĩa vụ yêu cầu, nghĩa vụ chứng minh hình thức của cơ quan tố tụng, tuân thủ nguyên tắc khách quan trong sử dụng chứng cứ điện tử

Trong điều kiện pháp luật Việt Nam công nhận dữ liệu điện tử là nguồn chứng cứ, nghĩa là thừa nhận địa vị pháp lý của chứng cứ điện tử, nhưng thủ tục, trình tự thu thập, đánh giá, chấp nhận, sử dụng loại chứng cứ điện tử chưa được hướng dẫn cụ thể. Để bảo đảm giải quyết trung thực, tránh oan sai, nguyên tắc khách quan trong thu thập loại chứng cứ này đối với vụ án hình sự phải được đặt lên hàng đầu. Muốn làm được điều đó, trong vụ án ĐNH và đồng bọn lừa đảo chiếm đoạt tài sản, được Cơ quan Điều tra, Viện Kiểm sát (gọi tắt là chủ thể thực hiện nghĩa vụ chứng minh) vận dụng pháp luật hiện có, áp dụng các biện pháp, phương pháp thu thập chứng cứ điện tử một cách khách quan, toàn diện, hiệu quả, trung thực, đạt được các yêu cầu chứng minh, yêu cầu công nghệ, yêu cầu pháp lý.

Các biện pháp thu thập chứng cứ điện tử được sử dụng đồng bộ, hiệu quả. Vận dụng Điều 201 Bộ luật Tố tụng Hình sự tiến hành khám nghiệm hiện trường vật lý kết hợp với khám nghiệm hiện trường kỹ thuật số, với các quy trình hợp lý. Vận dụng Điều 195 Bộ luật Tố tụng Hình sự thực hiện biện pháp khám xét nơi làm việc, có sự

chứng kiến của đại diện Công ty YK, Công ty XP, đặt biệt có mời chuyên gia công nghệ thông tin tham gia, thu giữ máy tính, thiết bị điện tử có khả năng chứa tài liệu chứng cứ điện tử dưới dạng dữ liệu điện tử. Biện pháp điều tra pháp y kỹ thuật số chưa được pháp luật công nhận. Tuy nhiên, vận dụng khoản 4 Điều 195 Bộ luật Tố tụng Hình sự, chủ thể thực hiện nghĩa vụ chứng minh ra lệnh khám xét phương tiện là máy tính, thiết bị điện tử của vụ án, được thu giữ qua biện pháp khám nghiệm hiện trường kỹ thuật số, khám xét nơi làm việc, đồng thời tiến hành điều tra pháp y máy tính. Biện pháp này được thực hiện tại phòng Lab có chất lượng cao, có sự tham gia của chủ thể thực hiện nghĩa vụ chứng minh, đại diện quyền lợi nghĩa vụ của Công ty YK, XP, Công ty CL, Bộ Giao thông vận tải, bị can, chuyên gia công nghệ thông tin tham gia.

Phương pháp được áp dụng: Phương pháp nội dung thu thập chứng cứ điện tử, đáp ứng yêu cầu chứng minh, qua đó thu thập được các chứng cứ điện tử chứng minh được hành vi gian dối lừa đảo tài sản của Công ty YK. Đáp ứng được yêu cầu công nghệ, sử dụng các công cụ phần mềm chuyên dụng, sao chép, phục hồi, truy xuất dữ liệu chống ghi ngược, chống ghi đè. Sao chép dữ liệu điện tử với các siêu dữ liệu đi kèm, đáp ứng được yêu cầu nguyên bản của dữ liệu điện tử, thông tin thiết lập, bối cảnh, cấu trúc, công nghệ hình thành dữ liệu điện tử được giữ nguyên gốc. Phục hồi dữ liệu điện tử với công cụ chuyên dùng phù hợp với thông lệ quốc tế. Vận dụng Khoản 5, Điều 107 Bộ luật Tố tụng Hình sự bảo quản phương tiện thiết bị điện tử, dữ liệu điện tử thu giữ như vật chứng. Tuy nhiên, điều đó chưa đủ, phải đồng thời thiết lập cơ chế lưu trữ dữ liệu điện tử, sao cho đáp ứng được yêu cầu bảo quản nguyên vẹn dữ liệu đúng với quy trình công nghệ, như sử dụng túi Faraday để chứa các thiết bị điện tử thu giữ, tránh thay đổi dữ liệu, dùng kỹ thuật Timestamp để xác định chính xác thời gian sự cố kỹ thuật nếu có xảy ra với dữ liệu, từ đó kết hợp với chuỗi hành trình lưu ký được thực hiện trong phương pháp hình thức để đánh giá tính nguyên vẹn của dữ liệu được thu thập làm chứng cứ. Về phương pháp hình thức, ghi chép mô tả đầy đủ các thông tin về người thực hiện, công cụ, công nghệ, mô hình phân tích, các thông tin phản ánh quá trình sử dụng, thực hiện, hình thành tài liệu về chuỗi hành trình lưu ký tất cả các công đoạn của biện pháp thu thập chứng cứ điện tử, giúp cơ quan thứ ba có thể theo đó kiểm tra ngược cho kết quả trùng khớp.

Với việc vận dụng pháp luật của Việt Nam hiện có, bổ sung các biện pháp, phương pháp thu thập chứng cứ điện tử trong vụ án nêu trên, đã góp phần làm rõ trình tự, thủ tục trong quá trình thu thập chứng cứ điện tử. Trong quá trình thực hiện, chủ thể

tố tụng tuân thủ nghiêm túc nguyên tắc thu thập chứng cứ điện tử, góp phần thực hiện tốt, triệt để nguyên tắc khách quan trong sử dụng chứng cứ điện tử.

4.3.4.2 Đánh giá, chấp nhận chứng cứ điện tử trên nguyên tắc công bằng, minh bạch, thượng tôn pháp luật trong sử dụng chứng cứ điện tử

Trong quá trình thu thập chứng cứ điện tử, chủ thể thực hiện nghĩa vụ chứng minh luôn đánh giá, chấp nhận song song với quá trình thu thập chứng cứ điện tử. Tuy vậy, tại phiên tòa, việc chấp nhận chứng cứ điện tử phải trải qua quá trình thẩm vấn, tranh tụng và thuộc thẩm quyền của Hội đồng xét xử, điều này thể hiện nguyên tắc công bằng, công khai, minh bạch trong việc sử dụng chứng cứ của vụ án hình sự. Do bảo đảm được nguyên tắc khách quan trong sử dụng chứng cứ điện tử nên từng hạng mục chứng cứ điện tử trong vụ án này, được chủ thể thực hiện nghĩa vụ chứng minh công bố trước Tòa án, đồng thời sử dụng làm công cụ xây dựng giả thuyết, chứng minh hành vi phạm tội của ĐNH và đồng bọn, được Hội đồng xét xử xem xét, đánh giá cao có cơ sở chấp nhận phù hợp.

Hội đồng xét xử công nhận *tính hợp pháp* của chứng cứ điện tử thu thập được, lý do quá trình thu thập không vi phạm pháp luật Việt Nam. Trong các phương tiện điện tử cụ thể là máy tính và các ổ cứng di động, khai thác khi được cơ quan có thẩm quyền tố tụng cho phép. Việc cho phép khai thác là có căn cứ, vì có tài liệu chứng minh hành vi phạm tội của bị cáo được lưu trữ trong các phương tiện, thiết bị thu giữ. Việc khám xét, khai thác máy tính không vi phạm quyền riêng tư của cá nhân, bí mật kinh doanh của công ty, vì sự riêng tư của cá nhân các bị cáo và bí mật kinh doanh của Công ty YK, XP trong trường hợp này là hành vi phạm pháp cần phải được làm rõ phục vụ an ninh công cộng. Tất cả dữ liệu điện tử thu thập được trở thành chứng cứ điện tử, vì nó có *tính liên quan* đến vụ án ĐNH và đồng bọn thực hiện hành vi gian dối để lừa đảo tài sản. Tính liên quan nội dung thể hiện hành vi gian dối, cài đặt phần mềm XP nhằm thay đổi mệnh giá vé, hành trình đi lại của phương tiện, số lượng phương tiện thu phí… tính liên quan nội dung được xác định bởi chủ thể thực hiện nội dung thông qua tính liên quan định danh, đó là ĐNH và đồng bọn thuộc Công ty YK, được sự giúp sức của NXH Công ty XP nơi phát triển, cài đặt phần mềm XP, tạo điều kiện thuận lợi cho việc phạm tội. Chứng cứ điện tử trong vụ án đều là sự thật khách quan, thể hiện được *tính xác thực* của chứng cứ. Vì lời khai của bị cáo đồng thời cũng là nhân chứng có kiến thức, thừa nhận khi họ làm nhiệm vụ quản lý của Công ty YK, chính họ sử dụng phần mềm XP tạo ra các bản dữ liệu điện tử dưới dạng tệp tin .xlsx, để lưu trữ các thông tin thu phí giả mạo thấp hơn giá trị thực để chiếm đoạt tài sản là

tiền thu phí BOT. Nhân chứng chuyên môn là bị can trong vụ án, đồng thời cũng là người thiết kế, phát triển phần mềm XP thừa nhận xây dựng phần mềm XP để giúp cho Công ty YK lừa đảo chiếm đoạt tài sản. Nhân chứng chuyên gia, kiểm tra, đánh giá hệ thống mạng thu phí BOT của Công ty YK và phần mềm XP thực hiện các tính năng gian dối chiếm đoạt tài sản. Đặc biệt các dữ liệu điện tử là nguồn của chứng cứ điện tử được thu thập, đều có siêu dữ liệu đi kèm, phản ánh quá trình hình thành dữ liệu điện tử phù hợp với bối cảnh phạm tội của các bị cáo. Các hàm băm của dữ liệu sao chép phù hợp với dữ liệu gốc. Chứng cứ điện tử trong vụ án, được thu thập bởi những người có trình độ phù hợp với yêu cầu, với các quy trình pháp y số, công nghệ phù hợp, hành trình lưu ký được ghi chép đầy đủ, kiểm tra được và cho kết quả đúng với những gì đã công bố, chính vì vậy chứng cứ điện tử trong vụ án có *độ tin cậy* cao. Mặc dù, pháp luật Việt Nam chưa có văn bản quy định, về tiêu chí kỹ thuật cho các công cụ pháp y kỹ thuật số, nhưng tất cả các công cụ, phương pháp công nghệ được sử dụng thu thập, bảo quản chứng cứ điện tử trong vụ án này đã được cơ quan tư pháp hầu hết các nước trên thế, giới sử dụng, bảo đảm tính nguyên vẹn dữ liệu điện tử, từ đó cho phép kết luận chứng cứ điện tử trong vụ án này có *tính toàn vẹn*. Các loại chứng cứ điện tử trong vụ án có giá trị chứng minh rất cao, làm rõ được thủ đoạn từ chi tiết, đến phức tạp, vạch trần được các hành vi gian dối của ĐNH và đồng bọn chiếm đoạt số tiền thu phí BOT rất lớn là 725.325.876.000 đ, các bị cáo và các bên liên quan thừa nhận, chứng tỏ chứng cứ điện tử trong vụ án này được đánh giá có *tính hữu dụng*.

Với việc xét xử, thẩm vấn, tranh tụng công khai tại phiên Tòa, Cơ quan Công tố, Hội đồng xét xử, công khai, minh bạch công bố chứng cứ điện tử, đánh giá các yếu tố để chấp nhận chứng cứ điện tử, thể hiện tính công bằng, minh bạch, tạo mọi điều kiện cho các chủ thể tham gia tố tụng, tiếp cận sử dụng chứng cứ một cách bình đẳng, thượng tôn pháp luật.

4.3.4.3 Cơ quan có thẩm quyền tố tụng sử dụng chứng cứ điện tử thực hiện nghĩa vụ chứng minh nội dung trong vụ án hình sự, bảo đảm nguyên tắc tương thích

Trong quá trình sử dụng chứng cứ điện tử, thu thập, đánh giá, chấp nhận, xây dựng giả thuyết chứng minh hành vi tội phạm trong vụ án lừa đảo chiếm đoạt tài sản của ĐNH và đồng bọn, được cơ quan có thẩm quyền tố tụng bảo đảm nguyên tắc tương thích của chứng cứ trong việc sử dụng chứng cứ điện tử thực hiện nghĩa vụ chứng minh. Thể hiện các phản ánh của từng hạng mục chứng cứ điện tử phải tương thích với nhau. Tính năng của phần mềm XP phải tương thích với kết quả xử lý thu được qua việc: (1) Phần mềm XP hoàn toàn kết nối được với hệ thống máy chủ mà Công ty YK

sử dụng thu phí. (2) Phần mềm XP hoàn toàn truy xuất vào được cơ sở dữ liệu thu phí BOT của Công ty Thăng Long bàn giao lại có tên ITD. (3) Khi vào được cơ sở dữ liệu phần mềm XP hoàn toàn thực hiện được các tính năng: Lấy dữ liệu mệnh giá vé trong cơ sở dữ liệu lưu trữ số xe lưu thông thực tế; chọn thời gian để lấy số lượng, mệnh giá vé cần chuyển đổi; chọn tỷ lệ phần trăm số vé cần thay đổi mệnh giá theo tỷ lệ phần trăm ý muốn của người sử dụng phần mềm; thay đổi mệnh giá vé cao xuống mệnh giá thấp trong tỷ lệ phần trăm đã chọn; lấy biển số xe, số lượng xe ô tô của ngày trước (đã thu phí) đè chồng lên biển số xe, số lượng của ngày cần thay đổi. Các kết quả từ phản ánh nhận thức của chứng cứ điện tử và phản ánh nhận thức từ chứng cứ vật lý phù hợp khách quan, có tính tương thích. Trong vụ án này, phần mềm XP được phát triển bởi Công ty XP phát triển và cài đặt từ xa qua công cụ Teamviewer được phản ánh qua hệ thống log file của hệ thống máy cài đặt và máy chủ thu phí, phù hợp với thừa nhận từ lời khai của các bị cáo. Số tiền chiếm đoạt của Công ty YK là 725.325.876.000 đ, được thể hiện qua các bảng dữ liệu điện tử, phản ánh qua nhận thức của cơ quan có thẩm quyền tố tụng, được xác minh phù hợp với số tiền thu chi ở các tài khoản của Công ty YK tại các ngân hàng tại BIDV Tiền Giang, BIDV Long An, BIDV Tây Sài Gòn, BIDV chi nhánh Thành Đô, Ngân hàng TMCP Sài gòn - Hà
Nội Chi nhánh Sài Gòn, Ngân hàng TMCP Á Châu Chi nhánh Tân Thuận, BIDV Sở Giao dịch 2, Ngân hàng TMCP Quân đội Chi nhánh Hàm Nghi.

Trong mục này cho thấy, việc thu thập, đánh giá chấp nhận, sử dụng chứng cứ điện tử thực hiện nghĩa vụ chứng minh trong lĩnh vực hình sự, trong điều kiện pháp luật Việt Nam còn rất nhiều việc chưa được quy định cụ thể. Vụ án phức tạp, tính chất mức độ nghiêm trọng, được thực hiện bởi các cơ quan có thẩm quyền tố tụng cao cấp. Cơ quan Điều tra Bộ Công an, Viện Kiểm sát tối cao, Tòa án nhân dân cấp cao cử
Điều tra viên cao cấp, Kiểm sát viên cao cấp và Thẩm phán cao cấp tham gia trực tiếp vụ án, đồng thời trưng dụng chuyên gia công nghệ thông tin, phối hợp đồng bộ với các cơ quan có thẩm quyền khác, nên vụ án được vận dụng pháp luật một cách linh hoạt, kịp thời; đặc biệt, trong quá trình thực hiện, các chủ thể tuân thủ nghiêm ngặt nguyên tắc sử dụng chứng cứ điện tử, góp phần đưa vụ án xét xử thành công, đúng người đúng tội, không oan sai. *Thiết nghĩ từ vụ án này nên rút ra những vấn đề cần thiết để bổ sung, chỉnh sửa pháp luật Việt Nam, tạo điều kiện thuận lợi cho việc thực thi pháp luật, làm rõ các vụ án khác ở các cấp khác nhau.*

4.4 Kiến nghị sửa đổi, bổ sung pháp luật Việt Nam liên quan đến chứng cứ điện tử

4.4.1 Khái niệm, xác định, đánh giá chứng cứ

4.4.1.1 Khái niệm chứng cứ

Điều 86 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021) định nghĩa về Chứng cứ. Theo đó, *chứng cứ là những gì có thật, được thu thập theo trình tự, thủ tục do Bộ luật này quy định, được dùng làm căn cứ để xác định có hay không có hành vi phạm tội, người thực hiện hành vi phạm tội và những tình tiết khác có ý nghĩa trong việc giải quyết vụ án*. Bên cạnh đó, Điều 93 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 quy định: "*Chứng cứ trong vụ việc dân sự là những gì có thật được đương sự và cơ quan, tổ chức, cá nhân khác giao nộp, xuất trình cho Tòa án trong quá trình tố tụng hoặc do Tòa án thu thập được theo trình tự, thủ tục do Bộ luật này quy định và được Tòa án sử dụng làm căn cứ để xác định các tình tiết khách quan của vụ án cũng như xác định yêu cầu hay sự phản đối của đương sự là có căn cứ và hợp pháp"*. Khoản 1 Điều 56 Luật Cạnh tranh năm 2018 còn định nghĩa: *"Chứng cứ là những gì có thật, được dùng làm căn cứ để xác định có hay không có hành vi vi phạm pháp luật về cạnh tranh, doanh nghiệp có hành vi vi phạm và những tình tiết khác có ý nghĩa trong việc giải quyết vụ việc cạnh tranh"*. Dù cách diễn đạt khác nhau, nhưng dưới góc độ nội dung, chứng cứ là những gì có thật, thu thập khi được cho phép và có giá trị chứng minh. Với cách định nghĩa như trên, tạo ra một cách hiểu nếu là chứng cứ thì đương nhiên có tính sự thật khách quan, tính liên quan với giá trị sử dụng và đương nhiên là hợp pháp, tạo tâm lý chủ quan cho chủ thể thu thập, sử dụng chứng cứ. Không thấy là các tính chất này phải được chứng minh một cách khoa học thuyết phục bằng chứng cứ, nếu một chứng cứ tiềm năng được chứng minh thoả các tính chất này thì khi ấy mới là chứng cứ. Hơn thế nữa, nếu sử dụng khái niệm này cho chứng cứ điện tử thì không phù hợp:

Thứ nhất, tính *có thật* đối với chứng cứ điện tử là một khái niệm không chính xác. Như các phần trước trình bày về quá trình hình thành, phản ánh chứng cứ điện tử từ: Phản ánh vật chất, phản ánh công nghệ và phản ánh nhận thức. Phản ánh vật chất, phản ánh công nghệ của chứng cứ điện tử là có thật, tồn tại khách quan ngoài ý muốn chủ quan của các chủ thể tham gia tố tụng. Phản ánh nhận thức là quá trình tư duy và hoạt động thực tiễn của các chủ thể tham gia tố tụng, nên ít nhiều cũng phải phản ánh ý thức chủ quan của con người. Nói cách khác, tính khách quan của chứng cứ điện tử chỉ có được khi các chủ thể phản ánh nhận thức một cách khách quan, phù hợp với quy

luật tự nhiên, xã hội và quy trình công nghệ, tính sự thật khách quan không phải là thuộc tính sẵn có của chứng cứ điện tử. Từng hạng mục chứng cứ điện tử có tính sự thật khách quan hay không, phải được chứng minh. Vì vậy, phải sử dụng chứng cứ để chứng minh *sự thật* của chứng cứ điện tử; quá trình này, chúng ta gọi là quá trình xác thực chứng cứ điện tử. Nếu quá trình xác thực thành công hoàn thành thì hạng mục chứng cứ điện tử này có tính xác thực. Với những lý do đó, để pháp luật đi vào thực tiễn, nên quy định cách thức tiến hành xác thực chứng cứ điện tử hơn là định nghĩa chứng cứ điện tử có tính xác thực.

Thứ hai, tính hợp pháp, do cách định nghĩa chứng cứ cho phép nghĩ chứng cứ thì có tính hợp pháp, không nghĩ rằng, chúng ta phải chứng minh xem một hạng mục chứng cứ tiềm năng có tính hợp pháp hay không. Nên chúng ta thoải mái khám xét, khai thác máy tính, hệ thống mạng máy tính, không cần xem đây là một biện pháp khám xét riêng biệt, có căn cứ, yêu cầu cách thức khám xét khác với việc khám xét phương tiện. Máy tính, hệ thống mạng máy tính khác với các phương tiện khác ở chỗ nó chứa rất nhiều thông tin mang tính riêng tư, có liên quan đến quyền riêng tư của nhiều người khác không liên quan gì đến vụ án hay bị can, bị cáo và quyền này được Hiến pháp bảo hộ bất khả xâm phạm. Đánh đồng việc khám xét phương tiện với việc khám xét máy tính, mạng máy tính, vô tình chứng cứ điện tử trở nên không hợp pháp, vì chưa được pháp luật cho phép.

Thứ ba, giá trị chứng minh của chứng cứ hay còn gọi là tính liên quan của chứng cứ. Đối với chứng cứ điện tử, có nhiều loại chứng cứ không có giá trị chứng minh điều gì cả, không hề có giá trị chứng minh cho bất kỳ tình tiết của tình huống pháp lý nào cả, nhưng không có nó là không được. Nó có giá trị sử dụng hữu dụng trong chứng cứ điện tử, thường đó là các loại chứng cứ điện tử có tính liên quan định danh để xác định cá thể hoá hành vi.

Thứ tư, chứng cứ điện tử còn phải đáp ứng các yêu cầu khác về tính toàn vẹn, độ tin cậy, tính hữu dụng; hay phải thỏa mãn các yếu tố đáp ứng các yêu cầu công nghệ, như đã được phân tích trong Chương 3 của đề tài này. Đối với chứng cứ truyền thống các tiêu chí này không thiết yếu, vì có thể nhận thấy, đánh giá các yếu tố này bằng giác quan, trực quan của con người, nên việc quan tâm đến tiêu chí có phần không đúng mức, nhưng với chứng cứ điện tử, vấn đề khác đi, các yếu tố trên phải được chứng minh cụ thể, không thể chủ quan qua giác quan, trực giác của con người được, tính nguyên vẹn của dữ liệu điện tử và độ tin cậy phải được xác định một cách khách quan với một quy trình công nghệ chặt chẽ, hợp lý.

Từ những phân tích trên, chúng ta thấy cách định nghĩa chứng cứ như hiện nay là không phù hợp trong trường hợp chứng cứ điện tử. Cần nên bỏ định nghĩa chứng cứ hiện nay trong các hệ thống pháp luật Việt Nam, vì định nghĩa chứng cứ mà không bao hàm hết các nội hàm của các loại chứng cứ thì không còn giá trị sử dụng. Hoặc nếu có thể được nên định nghĩa lại với nội hàm bao quát, rộng hơn: Chứng cứ là thông tin dùng để chứng minh một sự thật đã xảy ra trong tình huống pháp lý cụ thể. Nhưng nếu đưa định nghĩa này vào luật, thì lại gặp một vấn đề khác là không định hướng cho việc đánh giá, chấp nhận chứng cứ một cách hiệu quả hơn.

4.4.1.2 Xác định, kiểm tra, đánh giá chứng cứ

Khoản 1, 2, 3, Điều 95 Bộ Luật Tố tụng Dân sự năm 2015 có liên quan đến việc xác định chứng cứ điện tử. Theo tác giả, trong trường hợp chứng cứ điện tử, thì đây là quy định chưa rõ ràng, trên thực tế không thể hiện thực được. Nếu một tài liệu chứng cứ điện tử đọc được, được in ra từ máy tính, thiết bị điện tử, chính bản in này là bản sao, không thể công chứng điều này được; chứng thực hợp pháp có thể do Thừa phát lại ghi nhận, nhưng họ chỉ ghi nhận việc in ra từ đâu, lúc nào, bởi ai, Thừa phát lại không thể xác nhận tài liệu này được tạo ra từ ai, từ lúc nào, bằng công nghệ gì. Trong trường hợp tài liệu đọc được không thuộc cơ quan tổ chức có thẩm quyền nào cung cấp thì làm gì có việc xác nhận. Tài liệu ghi âm, ghi hình được ghi lén vi phạm quyền riêng tư của người khác, nhưng theo khoản 2 Điều 95 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015, chỉ cần lời trình bày về xuất xứ của tài liệu thì được công nhận là chứng cứ. Điều này rõ ràng chứng cứ này không hợp pháp, quy định này trái với khái niệm chứng cứ và Điều 108 của luật này. Khoản 3 Điều 95 thì công nhận thông điệp dữ liệu điện tử dưới mọi hình thức không cần xác thực nguồn gốc, đây là sự hời hợt đáng tiếc cho quy định của pháp luật. Kiểm tra, đánh giá chứng cứ được quy định ở Điều 108 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021) và Điều 108 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015, quy định phải kiểm tra, đánh giá chứng cứ về các tính chất hợp pháp, liên quan, xác thực và giá trị sử dụng của chứng cứ, nhưng luật không có quy định về nội dung cách chứng minh tính xác thực, tính liên quan.

Với phân tích như trên, tác giả kiến nghị Quốc hội bãi bỏ khoản 1, 2, 3 Điều 95 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015; bãi bỏ Điều 108 trong Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015 và Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021). Dựa vào những kiến thức trình bày ở Chương 3, đề nghị thay vào đó là các điều, khoản quy định tiêu chí, cách thức, trình tự thủ tục để kiểm tra, đánh giá tính hợp pháp, tính liên quan, tính

xác thực, độ tin cậy, tính toàn vẹn và tính hữu dụng của chứng cứ. Gợi ý về nội dung cho một số tính chất của chứng cứ điện tử bên dưới.

Về tính liên quan của chứng cứ: Một tài liệu có tính liên quan khi nó là hệ quả của một tình tiết, sự kiện, hiện tượng xảy ra trong quá khứ, hoặc tài liệu ấy có khả năng được sử dụng để tìm kiếm những tài liệu khác, hoặc giúp chủ thể tố tụng sử dụng làm công cụ chứng minh cho một tình huống pháp lý đã xảy ra (Stephen Mason and Daniel Seng, 2017).

Tính xác thực: Một tài liệu có chứng cứ chứng minh về nguồn gốc, xuất xứ để đủ tin rằng, tài liệu là đúng sự thật, không ngụy tạo, sai lệch. Pháp luật quy định rõ, các biện pháp được sử dụng để chứng minh, có thể là những biện pháp được nêu ở Mục 3.3.2. Ở đây ta có thể lưu ý các loại chứng cứ để chứng minh tính xác thực: Dùng đặc thù của công nghệ để chứng minh, sử dụng hàm băm, mã hóa, siêu dữ liệu, quy trình công nghệ. Dùng lời khai của nhân chứng là người tạo ra tài liệu, người có chuyên môn, kiến thức, nhân chứng là chuyên gia thiết lập vận hành công nghệ lại cho kết quả và trình bày. Cơ quan, tổ chức có liên quan công nhận tài liệu đó là của họ. Những hồ sơ điện tử thuộc về quy định giao dịch thương mại, và nơi sản sinh ra nó thừa nhận. Kết quả điều tra pháp y kỹ thuật số. Kết quả giám định. Thông qua quá trình kiểm tra chuỗi hành trình lưu ký… Còn nhiều cách khác nữa cần được nghiên cứu chi tiết để quy định thật chi tiết cụ thể, tránh được sai sót, vì phương pháp xác định tính xác thực của chứng cứ quyết định sự thật của chứng cứ.

Tính hợp pháp: Được pháp luật cho phép là hợp pháp, không được pháp luật cho phép là không hợp pháp. Vì vậy cần bổ sung: Trong lĩnh vực hình sự, biện pháp điều tra kỹ thuật số, căn cứ và trình tự, thủ tục khám xét máy tính, hệ thống máy tính. Biện pháp pháp y kỹ thuật số cho cả hai lĩnh vực dân sự và hình sự cần được luật hoá.

Nội dung của độ tin cậy, tính toàn vẹn và tính hữu dụng của chứng cứ điện tử đòi hỏi pháp luật phải chuẩn hóa các yêu cầu: Quy trình điều tra kỹ thuật số, công nghệ, công cụ, phương tiện pháp y kỹ thuật số, chuẩn hóa phòng thí nghiệm pháp y kỹ thuật số, năng lực chủ thể tham gia điều tra pháp y kỹ thuật số, chuyên gia pháp y kỹ thuật số, quy định chặt chẽ trình tự thủ tục hành trình lưu ký, tiêu chuẩn hóa kỹ thuật để bảo đảm tính nguyên vẹn của dữ liệu điện tử, chuẩn hóa trình bày báo cáo kết luận pháp y kỹ thuật số.

4.4.2 Thu thập, sử dụng chứng cứ

4.4.2.1 Bảo đảm thu thập chứng cứ của các đương sự, Tòa án, Luật sư trong dân sự

Dựa theo Điều 6 và Điều 97 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015, chúng ta thấy các đương sự, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự (Luật sư) là chủ thể chính trong việc thu thập chứng cứ nói chung và chứng cứ điện tử nói riêng. Theo khuynh hướng cải cách tư pháp ở Việt Nam trong các vụ án dân sự, Tòa án đóng vai trò trung gian giúp cho các bên tìm ra sự thật, giải quyết các vấn đề tranh chấp do các bên quyết định, thông qua hoà giải hoặc tranh tụng trong xét xử. Trên thực tế, việc thực hiện các điều luật này gặp rất nhiều khó khăn, không khả thi, đối với chứng cứ điện tử việc thu thập nó là không thể, xét về mặt công nghệ thì không phải là rào cản cho các chủ thể tham gia thu thập, mà chủ yếu là do pháp luật cho phép nhưng chưa đầy đủ. Qua các chương trình bày về thu thập, chấp nhận, sử dụng chứng cứ điện tử, chúng ta thấy vấn đề cần phải tháo gỡ ở một số điểm mấu chốt cho chủ thể tham gia tố tụng thu thập chứng cứ điện tử trong lĩnh vực dân sự:

Một là, muốn thu thập được chứng cứ điện tử thì phải tiến hành điều tra kỹ thuật số, trên lĩnh vực dân sự hình như người ta ngại nói đến điều này. Tuy nhiên, không cho phép thực hiện công việc này thì sẽ không có chứng cứ điện tử đúng nghĩa.

Việc điều tra kỹ thuật số được tiến hành bởi cơ quan độc lập với cơ quan tư pháp, do đương sự yêu cầu, trả chi phí, Tòa án quyết định cho phép khi đương sự yêu cầu,và giám sát việc thực thi quá trình điều tra, khi đương sự trực tiếp yêu cầu không thông qua Tòa án, thì cũng phải báo cáo Tòa án để giám sát việc thực thi ngay từ đầu.

Hai là, trình tự thu thập, giao nộp, bảo quản, báo cáo, sử dụng chứng cứ điện tử và công cụ, phòng thí nghiệm, trình độ năng lực con người, cần phải được quy định chi tiết cụ thể bằng văn bản pháp quy; trong đó, có quy định chặt chẽ dựa trên đặc tính công nghệ của từng loại dữ liệu điện tử được tạo ra.

Ba là, các công nghệ mới được phát minh và phát triển rất nhanh. Do đó, các thủ tục và kỹ thuật được áp dụng cho chúng cũng cần được liên tục xem xét và cập nhật. Mỗi loại thiết bị điện tử đều có những đặc điểm cụ thể riêng, đòi hỏi phải áp dụng các quy trình chính xác và phù hợp. Do đó, việc tuân thủ các thủ tục về thu thập chứng cứ điện tử là quan trọng để đảm bảo tính toàn vẹn và đầy đủ của chứng cứ điện cứ. Ngoài ra, chi phí khôi phục và xác minh, thu thập dữ liệu điện tử đôi lúc quá cao, gây khó khăn cho các bên đương sự trong quá trình cung cấp chứng cứ. Trong trường hợp này sẽ ảnh hưởng đến tính đầy đủ của chứng cứ cũng như tính khách quan của vụ án. Thẩm phán đôi khi lại khá thụ động trong trường hợp yêu cầu xác minh, thu thập các dữ liệu này, mặc dù Thẩm phán có quyền yêu cầu xác minh, thu thập dữ liệu cho việc xem xét, đánh giá chứng cứ để đảm bảo tính khách quan của vụ án nếu thấy cần thiết.

Tuy nhiên, pháp luật lại chưa quy định thế nào là cần thiết? Do đó, để giải quyết vấn đề này thì pháp luật cần quy định cơ quan chuyên môn trong lĩnh vực công nghệ thông tin có nghĩa vụ hỗ trợ trong quá trình kiểm tra, xem xét tính cần thiết của dữ liệu trong trường hợp các bên đương sự không thể cung cấp và cơ quan này cũng có quyền truy cập, tra cứu các dữ liệu quốc gia, ngoại trừ các dữ liệu trường hợp riêng biệt thì đương sự yêu cầu phải chịu chi phí nhưng chỉ được trích dẫn các dữ liệu có liên quan đến vụ án cho Tòa án (Nguyễn Thành Minh Chánh, 2021).

Bốn là, xã hội hóa tổ chức điều tra kỹ thuật số, đáp ứng yêu cầu cấp thiết trong thu thập chứng cứ điện tử phục vụ cho điều tra làm rõ các vụ án dân sự, trong tất cả các lĩnh vực thương mại, cạnh tranh, sở hữu trí tuệ.

4.4.2.2 Kiến nghị sửa đổi thu thập chứng cứ điện tử trong lĩnh vực hình sự

Công bằng tiếp cận chứng cứ của người bào chữa trong hình sự, đây là vấn đề khó nhưng rất quan trọng trong trường hợp chứng cứ điện tử. Đặc thù của chứng cứ điện tử có thể được nguỵ tạo, thay đổi cố ý hay vô ý, không có bản gốc để đối chiếu so sánh. Vì vậy, muốn bảo đảm tính khách quan của chứng cứ, việc thu thập, khai thác chứng cứ điện tử cần được cho Người bào chữa tham gia từ đầu; trong trường hợp không có người bào chữa hoặc không thể cho Người bào chữa tham gia từ đầu, thì phải trưng cầu chuyên gia hoặc người có kiến thức phù hợp với lĩnh vực công nghệ tham gia chứng kiến việc khám xét, thu thập, khai thác chứng cứ điện tử của cơ quan tố tụng. Điều 88 và Điều 107 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021) cần được thay đổi, có một khoản hoặc điều luật riêng dành cho việc điều tra thu thập chứng cứ điện tử tại hiện trường, trong phòng thí nghiệm; đồng thời cho phép Người bào chữa cũng được quyền điều tra thu thập chứng cứ điện tử, do họ tự tiến hành, dưới sự giám sát của Tòa án. Chú trọng trình tự, thủ tục, yêu cầu công nghệ trong thu thập, lập biên bản thu giữ, bảo quản, sử dụng phương tiện, thiết bị điện tử, lưu giữ dữ liệu điện tử không thể giống như đối với vật chứng khác được, vì yêu cầu kỹ thuật và công nghệ cần phải được đáp ứng, nếu không thì không bảo đảm tính toàn vẹn của chứng cứ điện tử. Bổ sung các điều luật về trình tự, thủ tục điều tra, thu thập, bảo tồn, khai thác, phân tích, giao nộp, báo cáo, sử dụng chứng cứ điện tử trong lĩnh vực hình sự. Bổ sung điều luật về khám xét, khai thác máy tính, hệ thống máy tính để thu thập chứng cứ điện tử. Nhà nước nên thành lập cơ quan điều tra kỹ thuật số có chức năng điều tra các loại tội phạm trên không gian mạng và hỗ trợ điều tra kỹ thuật số, thu thập chứng cứ điện tử phục vụ các vụ án hình sự được điều tra bởi các cơ quan điều tra khác theo luật định.

4.4.2.3 Thay đổi tư duy về pháp y

Khoản 1 Điều 1 Luật Giám định tư pháp năm 2012 (sửa đổi, bổ sung năm 2020) cho phép chúng ta hiểu về giám định tư pháp, là việc cơ quan tố tụng, người có thẩm quyền tố tụng, hoặc theo yêu cầu của người yêu cầu tố tụng gửi các chứng cứ tiềm năng, các mẫu vật thu được qua công tác điều tra, nhưng nó vượt quá kiến thức chuyên môn hoặc hiểu biết về khoa học, kỹ thuật, công nghệ đến tổ chức giám định tư pháp để họ khẳng định cho ý kiến kết luận, ý kiến ấy trở thành chứng cứ. Giám định tư pháp không có chức năng điều tra thu thập, truy nguyên chứng cứ để làm rõ vấn đề gì. Trong Luật Giám định tư pháp có các tổ chức giám định tư pháp trên lĩnh vực y khoa được gọi tắt là pháp y, nên người ta thường hay nhầm lẫn pháp y với giám định. Theo tác giả, các tổ chức giám định tư pháp trong lĩnh vực y khoa, trong một vài trường hợp là đúng nghĩa của pháp y theo thông lệ quốc tế, pháp y theo nghĩa ở đây là sử dụng kiến thức khoa học trên lĩnh vực y khoa kết hợp với việc khai thác, phân tích những dữ liệu được thu thập trong quá trình điều tra để tìm chứng cứ chứng minh, làm rõ nguyên nhân dẫn đến vụ việc, hiện tượng đã xảy ra có liên quan đến kiến thức y khoa. Còn lại là các tổ chức giám định. Pháp luật Việt Nam cần nên rạch ròi khái niệm giám định và pháp y. Cần phân biệt rõ tổ chức pháp y không phải chỉ dành cho lĩnh vực y khoa. Do đó, hiểu pháp y là sự kết hợp giữa khoa học, kỹ thuật, công nghệ và các biện pháp điều tra để tiến hành thu thập chứng cứ làm rõ các tình huống pháp lý có liên quan đã xảy ra. Với cách nhìn như vậy, chúng ta có quyền đề nghị nhà nước cho phép thành lập các tổ chức pháp y kỹ thuật số ở khu vực công lẫn tư, để phục vụ cho quá trình điều tra kỹ thuật số. Pháp y kỹ thuật số là một lĩnh vực rất rộng và tương đối phức tạp, nên cần phải có pháp luật điều chỉnh một cách tổng thể, chi tiết.

Kết luận Chương 4

Sử dụng lý thuyết chứng cứ chứng minh, nghiên cứu các tình huống pháp lý, vận dụng các kết quả nghiên cứu được ở các chương trước, áp dụng cho việc sử dụng chứng cứ điện tử cho các trường hợp tranh chấp hợp đồng, tranh chấp sở hữu trí tuệ điện tử, hạn chế cạnh tranh, tội phạm, chỉ ra các lỗ hổng của pháp luật Việt Nam trong trường hợp sử dụng chứng cứ điện tử thực hiện nghĩa vụ chứng minh trong dân sự và hình sự. Chương này cũng sử dụng tổng hợp những đề xuất của các chương trước, tập hợp tất cả kiến nghị bổ sung pháp luật Việt Nam về các vấn đề có liên quan đến chứng cứ điện tử.

KẾT LUẬN

Xuất phát từ yêu cầu thực tiễn pháp lý của Việt Nam, đề tài ***"Pháp luật Việt Nam về chứng cứ điện tử"*** xác định mục tiêu nghiên cứu: Dựa vào việc nghiên cứu lý thuyết chứng cứ, chứng cứ điện tử, hệ thống pháp luật về chứng cứ, của hệ thống Thông luật và Dân luật để chỉ ra những nguyên nhân dẫn đến khó khăn, vướng mắc trong việc thu thập, chấp nhận, sử dụng chứng cứ điện tử trên nền tảng pháp luật Việt Nam hiện có. Đồng thời, Nghiên cứu sinh đề xuất thay đổi, bổ sung, chỉnh sửa các điều luật trong hệ thống pháp luật Việt Nam có liên quan đến chứng cứ điện tử cho phù hợp với yêu cầu khách quan của việc sử dụng chứng cứ điện tử. Qua tham khảo tài liệu trong, ngoài nước về các vấn đề liên quan đến chứng cứ điện tử, cũng như phân tích lý thuyết, luật về chứng cứ hiện có, tác giả nhận thấy muốn giải quyết được mục tiêu nghiên cứu của đề tài, thì cần phải giải quyết các vấn đề cụ thể như: (1) Pháp luật Việt Nam phải mở đường, tạo hành lang pháp lý hữu hiệu cho việc thu thập chứng cứ điện tử có hiệu quả với quy trình điều tra kỹ thuật số hợp lý, đáp ứng yêu cầu khách quan của chứng cứ điện tử cho pháp luật Việt Nam. (2) Muốn minh bạch, công bằng, thực thi công lý hữu hiệu trong việc sử dụng chứng cứ điện tử, pháp luật Việt Nam cần phải có bộ tiêu chí đánh giá, chấp nhận chứng cứ điện tử, phù hợp với các yêu cầu chứng minh, yêu cầu công nghệ, yêu cầu pháp lý; đây là đòi hỏi khách quan của chứng cứ điện tử. (3) Sử dụng chứng cứ điện tử, mà trọng tâm của nó là thực hiện trách nhiệm, quyền, nghĩa vụ chứng minh của các chủ thể tham gia tố tụng cần phải được pháp luật Việt Nam quy định thực thi như thế nào, để bảo đảm được các nguyên tắc trong sử dụng chứng cứ điện tử, đáp ứng được các yêu cầu đòi hỏi khách quan của chứng cứ điện tử và tình huống pháp lý đặt ra. (4) Cuối cùng, với những kết quả đạt được trong việc nghiên cứu thu thập, chấp nhận, sử dụng chứng cứ điện tử làm nền tảng để tác giả kiến nghị sửa đổi các điều, khoản trong các luật, bộ luật có liên quan đến chứng cứ điện tử.

Sau thời gian tích cực nghiên cứu, với sự giúp đỡ, hướng dẫn tận tình của Thầy hướng dẫn khoa học, đề tài đã hoàn thành với những kết quả như sau:

Thứ nhất, về thu thập chứng cứ điện tử, đề tài đã xây dựng được lý thuyết về thu thập chứng cứ điện tử, khái niệm, bản chất, phương pháp, biện pháp thu thập chứng cứ điện tử. Đánh giá các nhân tố tác động, định hướng giải quyết nhằm giúp cho thu thập chứng cứ điện tử đạt hiệu quả cao nhất. Xây dựng mô hình nhận thức điều tra kỹ thuật số, giúp cho người làm công tác thu thập chứng cứ điện tử hình sự, dân sự và

phản ứng sự cố máy tính có nhận thức đầy đủ về quá trình thu thập chứng cứ điện tử. Đặc biệt, xây dựng mô hình quy trình điều tra kỹ thuật số phục vụ thu thập chứng cứ điện tử lĩnh vực dân sự, hình sự, phản ứng sự cố máy tính làm nền tảng cho việc xây dựng các tiêu chí chấp nhận chứng cứ điện tử. Từ kết quả này, tác giả có cơ sở kiến nghị sửa đổi bổ sung pháp luật Việt Nam có liên quan đến thu thập chứng cứ điện tử, đáp ứng yêu cầu khách quan của chứng cứ điện tử.

Thứ hai, với việc đánh giá, chấp nhận chứng cứ điện tử, tác giả đã xây dựng được lý thuyết về chấp nhận chứng cứ điện tử với khái niệm, bản chất, các yêu cầu khách quan của tiêu chí chấp nhận chứng cứ điện tử. Xây dựng được bộ tiêu chí phục vụ đánh giá chấp nhận chứng cứ điện tử đạt yêu cầu công nghệ, yêu cầu pháp lý, đáp ứng đòi hỏi khách quan của việc đánh giá, chấp nhận của chứng cứ điện tử, thể hiện được mối quan hệ biện chứng giữa các yêu cầu chứng minh, yêu cầu công nghệ, yêu cầu pháp lý của chứng cứ điện tử. Đồng thời, Nghiên cứu sinh xây dựng được mô hình quy trình chấp nhận chứng cứ điện tử, xác lập các mối quan hệ của các tiêu chí đánh giá chấp nhận. Trên cơ sở kết quả nghiên cứu này, cho phép tác giả có cơ sở kiến nghị đề xuất chỉnh sửa các điều luật về khái niệm, xác định, kiểm tra, đánh giá chứng cứ, bổ sung nhiều vấn đề mới cho pháp luật Việt Nam, đáp ứng yêu cầu khách quan trong sử dụng chứng cứ điện tử.

Thứ ba, trong sử dụng chứng cứ điện tử, thực chất là thực hiện quyền, trách nhiệm, nghĩa vụ chứng minh của các chủ thể tham gia tố tụng, trong các lĩnh vực được nghiên cứu, cho thấy lỗ hổng của pháp luật Việt Nam trong quá trình này là khá lớn, tạo ra áp lực, chứa đầy những vướng mắc, khó khăn cho các chủ thể tham gia tố tụng trong cả lĩnh vực dân sự, hình sự; đặc biệt các nguyên tắc sử dụng chứng cứ điện tử được làm rõ về khái niệm và vận dụng trong thực tiễn, đã chỉ ra những điều cần phải thay đổi mới đáp ứng được yêu cầu khách quan trong sử dụng chứng cứ điện tử.

Trên cơ sở kết quả nghiên cứu như trên đã nêu, giúp làm rõ các yêu cầu của mục tiêu nghiên cứu. Đồng thời, đây cũng là cơ sở lý thuyết, thực tiễn, đề tài kết luận kiến nghị đề xuất chỉnh sửa, bổ sung pháp luật Việt Nam cho phù hợp với yêu cầu sử dụng chứng cứ điện tử như sau:

Một là, bãi bỏ định nghĩa xác định, kiểm tra, đánh giá chứng cứ tại Điều 86, 108 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021); Điều 93, 95, 108 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015; Khoản 1, Điều 56 Luật Cạnh tranh năm 2018. Thay vào đó, là các điều khoản quy định nội hàm của các tính chất của chứng cứ, chứng cứ điện tử như: tính liên quan, tính xác thực, tính hợp pháp, tính toàn vẹn, độ tin cậy, tính

hữu dụng; quy định cách làm thế nào để xác định, xác thực, chứng minh các tính chất này để được pháp luật công nhận. Cách thức chấp nhận chứng cứ là bản sao trong từng trường hợp.

Hai là, công nhận biện pháp điều tra pháp y kỹ thuật số cho cả hai lĩnh vực hình sự, dân sự, xem đây là biện pháp điều tra để thu thập chứng cứ cho cả hai lĩnh vực này.

Xây dựng Luật Pháp y độc lập với Luật Giám định tư pháp năm 2012 (sửa đổi, bổ sung năm 2020), công nhận xứng đáng vị thế của pháp y kỹ thuật số trong nền tư pháp Việt Nam.

Ba là, cụ thể hóa chuẩn kỹ thuật của công cụ pháp y kỹ thuật số. Chuẩn hóa quy trình điều tra kỹ thuật số, phòng thí nghiệm pháp y kỹ thuật số. Chuẩn hóa năng lực chuyên môn của người làm công tác pháp y kỹ thuật số. Cho phép thành lập các tổ chức pháp y kỹ thuật số công và tư nhân.

Bốn là, quy định chặt chẽ về trình tự, thủ tục rõ ràng theo hướng bảo đảm công bằng cho mọi chủ thể tham gia tố tụng, tạo mọi tiếp cận kịp thời và như nhau cho mọi chủ thể đối với việc thu thập chứng cứ điện tử trong lĩnh vực dân sự, hình sự, chỉnh sửa các điều luật có liên quan đến thu thập chứng cứ điện tử./.

DANH MỤC CÔNG TRÌNH CỦA TÁC GIẢ

Duy Le Nguyen Khanh, Cuong Pham Quoc, and Le Tan Quan, 01 Dec, 2017. Computer and Network Forensics: Technology challenges and research questions in Vietnam. Proceedings of AUN/SEED – Net Regional Conference on Computer & Information Engineering RCCIE 2017.

Lê Tấn Quan, 2018. Bàn về Chứng cứ điện tử trong tố tụng hình sự ở Việt Nam. Tạp chí Khoa học, Viện đại học Mở Hà Nội, số 39 - 01/2018.; ISSN 0866 – 8051.

Le Tan Quan & Tran Van Long, 2018. E-Money Laundering and the Incapability of Current Legal framework. *Asia Conference on Business and Economic Studies (ACBES 2018)*, 8th – 9th September 2018, Vol 25 No 1, 573 – 581, ISBN: 978604-922-660-1, ISSN: 2515-964X,.

Le Tan Quan, 2021. Restraint Of Competition In The Digital Economy: Electronic Evidence. *Conference Proceedings International Conference on Business and Finance 2021 (ICBF 2021),* Vol 2, 198-205, ISBN: 978 – 604 – 325 – 669 – 7

Lê Tấn Quan, 2018. Hướng đi cho chứng cứ điện tử trong tố tụng hình sự ở Việt Nam. *Tạp chí Kiểm sát,* số 07.

Lê Tấn Quan, 2021. Sử dụng chứng cứ điện tử trong tranh chấp hợp đồng điện tử. *Đề tài nghiên cứu khoa học cấp trường UEH*, Mã số: NCS 2020 – 02.

Lê Tấn Quan, 2022. Một số vấn đề pháp lý về sử dụng chứng cứ điện tử trong tranh chấp hợp đồng điện tử từ góc nhìn luật so sánh. *Tạp chí Nhân lực khoa học xã hội,* số 01.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO Danh mục văn bản pháp luật quốc tế

Công ước của Hội đồng Châu Âu năm 2001 Về tội phạm mạng / Budapest Convention, 2001.

Công ước La Haye năm 1980 sửa đổi bổ sung 2020 / The Hague Convention.

Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966.

Công ước Palermo năm 2000.

Tuyên ngôn thế giới về nhân quyền năm 1948.

Danh mục văn bản pháp luật nước ngoài

Luật Chứng cứ của Hoa kỳ bản năm 2020 / Federal Ruless of Evidence.

Luật Tố tụng Hình sự của Hoa Kỳ bản năm 2021 / Federal Ruless of Criminal procedure.

Luật Tố tụng Dân sự của Hoa kỳ bản năm 2019 / Federal Ruless of Civil procedure

Bộ luật Tố tụng dân sự Pháp bản năm 2005 / Code of Civil procedure France (Code de Procédure Civile).

Bộ luật Tố tụng Hình sự Pháp bản năm 2006 / Code of Criminal procedure France.

Luật Tài liệu điện tử năm 2000 của Pháp/ The Electronic Information and Documents Act, 2000

Luật Tố tụng Dân sự của Đức năm 2013 / The German code of Civil procedure.

Luật Tố tụng Hình sự Đức năm1987 sửa đổi bổ sung năm 2019 / The German Code of Criminal Procedure

Luật phòng chống tội phạm buôn người của Thái Lan / The Anti-Trafficking in Persons Act B.E 2551 năm 2008

Danh mục văn bản pháp luật Việt Nam Hiến

pháp năm 2013.

Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2021).

Luật Giao dịch điện tử năm 2005.

Luật Công nghệ thông tin năm 2006.

Luật Giám định tư pháp năm 2012 (sửa đổi, bổ sung năm 2020).

Luật Tố tụng Hành chính năm 2015.

Luật An ninh mạng năm 2018.

Luật Cạnh tranh năm 2018.

Thông tư số 24/2013/TT-BTTTT ngày 27 tháng 12 năm 2013 của Bộ trưởng Bộ Thông tin và Truyền thông quy định về giám định tư pháp trong lĩnh vực lĩnh vực thông tin và truyền thông.

Danh mục tài liệu tiếng Việt

Bạch Thị Nhã Nam, 2020. Quyền được lãng quên từ thực tiễn phán quyết trong phạm vi Liên minh Châu Âu. *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp,* số 24, trang 38-47.

Đặng Văn Thực, Trần Quỳnh Hoa, 2015. Cần sửa đổi, bổ sung các quy định về chứng cứ và thu thập chứng cứ trong Bộ luật Tố tụng hình sự. *Tạp chí Kiểm sát*, số 11, trang 35-38.

Đỗ Đình Hòa, 2019. Thu thập dữ liệu điện tử phục vụ yêu cầu điều tra chứng minh làm rõ vụ án hình sự. *Tạp chí Khoa học Kiểm sát*, số 5, trang 3-9.

Đinh Phan Quỳnh, 2019. Chứng cứ điện tử và các nguyên tắc thu thập trong Tố tụng hình sự, *Tạp chí Cảnh sát nhân dân,* số 4.

Đinh Thế Hưng - Lê Thị Hồng Xuân, 2019. Tội phạm công nghệ cao trong lĩnh vực tài chính, ngân hàng ở Việt Nam hiện nay. *Tạp chí Tòa án nhân dân,* số 7, trang 31-35.

Đỗ Văn Đương, 2011. *Chứng cứ và chứng minh trong vụ án hình sự.* Hà Nội: Nhà xuất bản Chính trị quốc gia.

Đức Huy, 2022. Trí tuệ nhân tạo diệt virus không cần mẫu nhận diện", https://nld.com.vn/cong-nghe/tri-tue-nhan-tao-diet-virus-khong-can-mau-nhan-dien-20200625175224554.htm, (truy cập ngày 10/01/2022).

Học viện Hành chính quốc gia, 2006. *Giáo trình Luật Hành chính và tài phán hành chính Việt Nam,* Thành phố Hồ Chí Minh: Nhà xuất bản Giáo dục.

Học viện Hành chính, 2009. *Hành chính nhà nước và công nghệ hành chính*. Thành phố Hồ Chí Minh: Nhà xuất bản Khoa học và Kỹ thuật.

Lại Viết Quang, 2020. Chứng cứ chứng minh trong các vụ án xâm phạm tính mạng, sức khỏe, danh dự nhân phẩm mà bị hại là phụ nữ, trẻ em. *Tạp chí Khoa học kiểm sát*, số 01, trang 36 – 42.

Lê Nguyên Gia Thiện - Lê Nguyên Gia Phúc, 2014. Những nguyên tắc cơ bản của các Bộ luật Dân sự trên thế giới và kinh nghiệm cho Việt Nam. *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp,* số 13, trang 57-64.

Lê Tấn Quan, 2018. Hướng đi cho chứng cứ điện tử trong tố tụng hình sự ở Việt Nam. *Tạp chí Kiểm sát,* số 7, trang 42-45.

Lê Thanh Nghị, Hoàng Thị Minh Phương, 2021. Hoàn thiện pháp luật tố tụng hình sự về chứng cứ từ nguồn dữ liệu điện tử. *Tạp chí Khoa học kiểm sát*, số chuyên đề 01, trang 38-44.

Lê Văn Thiệp, 2016. Chứng cứ điện tử trong giải quyết tranh chấp kinh doanh - thương mại. *Tạp chí Kiểm sát*, số 5, trang 49-54.

Lưu Quang Huy, 2018. Giá trị pháp lý của bản kết luận giám định. *Tạp chí Dân chủ và pháp luật*, số 5, trang 18-22.

Ngô Minh Dũng, 2021. Vai trò của giám định dữ liệu điện tử trong điều tra vụ án mua bán người. *Tạp chí Khoa học kiểm sát,* số chuyên đề 2, trang 91-94.

Ngô Vĩnh Bạch Dương, 2015. Nghĩa vụ chứng minh trong tố tụng. *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp,* số 7, trang 22-31.

Nguyễn Cửu Việt, 2013. *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*. Hà Nội: Nhà xuất bản Chính trị quốc gia.

Nguyễn Đình Luận, 2015. Tổng quan về thương mại điện tử ở Việt Nam. *Tạp chí Tài chính*, số 612, trang 8-11.

Nguyễn Đình Hoàn, 2019. Thương mại điện tử ở Việt Nam - thực trạng và khuyến nghị chính sách. *Tạp chí Nghiên cứu Tài chính Kế toán*, số 1, trang 41-43.

Nguyễn Đức Hạnh, 2019. Dữ liệu điện tử và chứng cứ điện tử. *Tạp chí Khoa học kiểm sát*, số chuyên đề 01, trang 37 – 42.

Nguyễn Đức Hạnh, 2019. Mối quan hệ giữa dữ liệu điện tử và các nguồn chứng cứ khác trong tố tụng hình sự. *Tạp chí Khoa học kiểm sát*, số 02, trang 17 – 21.

Nguyễn Đức Hạnh, 2021. Khai thác chứng cứ nguồn dữ liệu điện tử phục vụ việc buộc tội, tranh tụng của viện kiểm sát tại phiên toà. *Tạp chí Kiểm sát*, số 02, trang 42-49.

Nguyễn Hải An, 2019. Chứng cứ và chứng cứ điện tử theo quy định của pháp luật tố tụng dân sự Việt Nam và thực tiễn áp dụng. *Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam,* số 4, trang 38 – 53.

Nguyễn Hoàng Thanh - Trần Thị Hoa, 2018. Thông tin trên mạng và hệ thống hóa các loại hình thông tin trên mạng. *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp,* số 15, trang 4250.

Nguyễn Ngọc Hoan, Đỗ Ngọc Tân, 2021. Nâng cao hiệu quả công tác thu thập dữ liệu điện tử là âm thanh trong điều tra vụ án hình sự do cơ quan an ninh điều tra tiến hành. *Tạp chí Khoa học Kiểm sát*, số 03, trang 32-36.

Nguyễn Ngọc Kiện và cộng sự, 2020. *Giáo trình luật tố tụng hình sự,* Trường Đại học Luật – Đại học Huế, Nxb. Tư pháp.

Nguyễn Sơn Lâm, 2018. Giao nộp chứng cứ là tài liệu đọc được trong vụ án hành chính. *Tạp chí Kiểm sát*, số 6, trang 53-56.

Nguyễn Thanh Thủy, 2017. Một số kinh nghiệm thu giữ, bảo quản và khai thác chứng cứ điện tử trong công tác điều tra, truy tố. *Tạp chí Kiểm sát*, số 21, trang 10-17.

Nguyễn Thành Minh Chánh, 2021. Pháp luật về chứng cứ điện tử tại Việt Nam. *Tạp chí Tòa án nhân dân điện tử,* < https://tapchitoaan.vn/bai-viet/nghien-cuu/phapluat-ve-chung-cu-dien-tu-tai-viet-nam> [truy cập ngày 08/4/2021].

Nguyễn Thành Minh Chánh, 2021. Pháp luật về chứng cứ điện tử trong tố tụng dân sự Việt Nam. *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp,* số 24, trang 44 – 49.

Nguyễn Thị Ánh Ngọc, Đặng Thùy Linh, Nguyễn Thị Cẩm Nhung, 2019. Giải pháp hạn chế tội phạm công nghệ cao trong ngành ngân hàng Việt Nam. *Tạp chí Ngân hàng*, số 16, trang 19-23.

Nguyễn Thị Thu Hà, 2018. Bình luận về nguyên tắc cung cấp chứng cứ và chứng minh trong Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015. *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp,* số 10, trang 42-46.

Nguyễn Thị Thu Sương, 2021. Trách nhiệm cung cấp tài liệu, chứng cứ của cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền trong Tố tụng Dân sự. *Tạp chí Kiểm sát,* số 3, trang 31-36.

Nguyễn Văn Điền, 2019. Chứng cứ điện tử trong Bộ luật tố tụng hình sự 2015. *Cổng thông tin điện tử Bộ Tư Pháp*, <https://moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nghien-cuutrao-doi.aspx?ItemID=2455> [truy cập ngày 01/5/2021].

Phạm Thanh Bình, 2018. Thương mại điện tử cho doanh nghiệp vừa và nhỏ trong giai đoạn đầu cách mạng công nghiệp 4.0. *Tạp chí Tài chính*, số 681, trang 8789.

Phạm Minh Tuyên, 2017. Thu thập, kiểm tra, đánh giá và nguyên tắc sử dụng chứng cứ trong tố tụng hình sự. *Tạp chí Kiểm sát*, số 21, trang 15-20.

Phan Hoài Nam, 2016. Công ước Hague năm 2005 về thỏa thuận lựa chọn tòa án và khả năng gia nhập của Việt Nam. *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 17, trang 2332.

Phan Hoài Nam, 2021. Vấn đề gia nhập Công ước Hague năm 2005 về thỏa thuận lựa chọn Tòa án của Trung Quốc - một số tham khảo cho Việt Nam. *Tạp chí Tòa án nhân dân*, số 4, trang 34-44.

Phùng Trung Tập, 2020. Áp dụng lẽ công bằng để giải quyết tranh chấp dân sự. *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, số 1, trang 11-16.

Phương Thảo, 2014. Một vài đặc điểm về tố tụng hình sự của Hoa Kỳ. *Trang thông tin điện tử tổng hợp Ban Nội chính trung ương,* <https://noichinh.vn/ho-so-tulieu/201410/mot-vai-dac-diem-ve-to-tung-hinh-su-cua-hoa-ky-295957/>, [truy cập ngày 10/5/2022].

Thapana Bhasathiti Sanyabutra, 2021. Kinh nghiệm của Thái Lan trong việc tập hợp, đánh giá và sử dụng chứng cứ điện tử trong việc xử lý các vụ án mua bán người. *Tạp chí Khoa học kiểm sát,* số chuyên đề 2, trang 17-26.

Tòa án nhân dân Thành phố Dĩ An, 2020. Bản án số 14/2020/KDTM-ST ngày 28/9/2020 về tranh chấp hợp đồng gia công.

Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh, 2020. Bản án số 511/2020/HSST Bản án số: 511/2020/HSST, ngày 22/12/2020 về vụ ĐLT và đồng bọn có hành vi cố ý vi phạm quy định về quản lý, sử dụng tài sản nhà nước tạo điều kiện để ĐNH và đồng bọn lừa đảo chiếm đoạt tài sản.

Tony Buzan, 2009. *Bản đồ tư duy trong công việc*. Hồ Chí Minh: Nhà xuất bản Lao động - Xã hội.

Trần Anh Tuấn, 2017. *Bình luận khoa học luật tố tụng dân sự*. Hà Nội: Nhà xuất bản Tư pháp.

Trần Quang Tùng, 2021. Tội phạm đưa hoặc sử dụng trái phép thông tin mạng máy tính, mạng viễn thông – Những khó khăn, vướng mắc trong phát hiện, điều tra, xử lý và giải pháp khắc phục. *Tạp chí Khoa học Kiểm sát*, số chuyên đề 01, trang 25-28.

Trần Thế Hệ, 2019. Thực trạng tội phạm công nghệ cao trong lĩnh vực ngân hàng ở Việt Nam. *Tạp chí Luật sư Việt Nam*, số 5, trang 39-41.

Trần Văn Hoà, 2015. Chứng cứ là dữ liệu điện tử và chứng minh trong Dự thảo Bộ luật Tố tụng Hình sự (sửa đổi). *Tạp chí Kiểm sát,* số 9, trang 44-51.

Trần Văn Tuân, 2021. Mua bán người qua mạng Internet và một số khó khăn, vướng mắc khi giải quyết các vụ án mua bán người qua mạng Internet. *Tạp chí Khoa học kiểm sát*, số chuyên đề 02, trang 75-81.

Trần Xuân Thiên An, 2018. Điều kiện để dữ liệu điện tử có thể sử dụng làm chứng cứ trong quá trình giải quyết vụ án hình sự. *Trường Đào tạo nghiệp vụ Kiểm sát Tp. Hồ Chí Minh*, https://tkshcm.edu.vn/dieu-kien-de-du-lieu-dien-tu-co-the-su-dung-lamchung-cu-trong-qua-trinh-giai-quyet-vu-an-hinh-su/, (truy cập ngày 22/10/2021).

VI. Lênin, 1981. *Toàn tập*, Tập 29. Mát-xcơ-va: Nhà xuất bản Tiến bộ, tr. 179.

Võ Minh Tuấn, 2021. Khó khăn, vướng mắc về dữ liệu điện tử trong Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015. *Tạp chí Tòa án điện tử,* <https://tapchitoaan.vn/baiviet/nghien-cuu/kho-khan-vuong-mac-ve-du-lieu-dien-tu-trong-bo-luat-to-tung-hinhsu-nam-2015>, (truy cập ngày 15/8/2021).

Danh mục tài liệu tiếng Anh

AEC, 2005. The admissibility of electronic evidence in Court: Fighting against hightech crime introduction. Available at: <https://studylib.net/doc/13523508/>, [accessed 24 Jan 2022].

Agarwal, A., 2011. Systematic digital forensic investigation model, *International Journal of Computer Science and Security (IJCSS)*, 5(1): 119.

Al-khouri, A. M., 2012. Data Ownership: Who Owns' My Data?, *International Journal of Management & Information Technology*, 2(1): 6.

Allen, R. J., 2014. Burdens of proof", *Law, Probability and Risk*, 13(3–4): 195–219.

Ankit Agarwal, Megha Gupta, Saurabh Guta, Subhash Chandra Gupta, 2011. "Systematic digital forensic investigation model", *International Journal of Computer Science and Security,* Volume 5, Issue 1.

Association of Chief Police Officers of England, 2011. *ACPO Good Practice Guide for Digital Evidence* [pdf]. Available at: <https://www.digitaldetective.net/digital-forensicsdocuments/ACPO_Good_Practice_Guide_for_Digital_Evidence_v5.pdf>, [accessed 24 Jan 2022].

Baryamureeba, V., & Tushabe, F., 2004. The enhanced digital forensic investigation process model. *In Proceedings of the 4th Annual Digital Forensic Research Workshop, Baltimore, MD, Citeseer.*

Brezinski, T. Killalea, 2002. *Guidelines for Evidence Collection and Archiving*, RFC Editor United States.

Brian Carrier và Eugene H. Spafford, 2003. Getting Physical with the Digital Investigation Process, *International Journal of Digital Evidence* Fall 2003, Volume 2, Issue 2.

Carrier, B. and Spafford, E. H, 2003. Getting physical with the digital investigation process, *International Journal of Digital Evidence*, 2 (2): 15.

Carrier, B., & Spafford, E. (2004). An event-based digital forensic investigation framework. *Digital Forensic Research Workshop*, 1–12.

Chang-Tsun Li, 2013. *Emerging Digital Forensics Applications for Crime Detection, Prevention, and security.* IGI Global Publisher.

Chroeder, S. C., 2005. How to be a digital forensic expert witness, *Proceedings - First International Workshop on Systematic Approaches to Digital Forensic Engineering,* 69 - 85.

Chung, C., & Byer, D., 1998. Electronic Paper Trail: Evidentiary Obstacles to Discovery and Admission of Electronic Evidence, *Boston UniversityJournal of Science & Technology La*w, (5).

Ciardhuáin, S. Ó., 2004. An Extended Model of Cybercrime Investigations. Digital Evidence, *International Journal of Digital Evidence Summer,* 3 (1): 9.

Clough, J., 2014. A World of Difference: the Budapest Convention on Cybercrime and the Challenges of Harmonisation Cybercrime: a Global Challenge, *Monash University Law Review*, 40 (3): 698.

Cohen, F., 2009. *Digital Forensic Evidence Examination* [pdf], Available at: <http://all.net/books/2013-DFE-Examination.pdf> [Accessed 25 June 2021].

Cucu, L., 2007. The requirement for metadata production under Williams V. Sprint/United Management Co.: An unnecessary burden for litigants engaged in electronic discovery. *Cornell Law Review,* 93(1): 221–242.

Demougin, D., & Fluet, C., 2006. Preponderance of evidence, *European Economic Review*, 50(4): 963 – 976.

Dubey, V., 2017. Admissibility of Electronic Evidence: An Indian Perspective, *Foresic Research and Criminology International Journal,* 4(2): 58 - 63.

Du, X., Le, K. N. A., & Scanlon, M., 2017. Evaluation of digital forensic process models with respect to digital forensics as a service. European Conference on Information Warfare and Security, ECCWS, 573–581. Retrieved March 01, 2020, from https://arxiv.org/pdf/1708.01730.pdf

Engel, C., 2008. Preponderance of the evidence versus intime conviction - a behavioral perspective on a conflict between american and continental European Law, *Vermont Law Review*, (33): 435.

Eoghan Casey, 2011. *Digital Evidence and Computer Crime: Forensic Science, Computers, and the Internet,* Elsevier.

Erin E. Kenneally, 2005. *Confluence of digital evidence and the law: On the forensic soundness of Live - Remote digital evidence collection,* UCLA J.L. & Tech.

Federal Trade Commission. (2007). Statement of Federal Trade Commission Concerning Google/DoubleClick. *Zeitschrift Für Kinder- Und Jugendpsychiatrie Und Psychotherapie,* 36(4): 1–13.

Forkosch, M. D., 1971. The Nature of Legal Evidence, *California Law Review,* 59(6): 1356.

French Republic, 2005. *Code of Civil Procedure* [pdf]. Available at: <https://acc.coj.go.th/th/file/get/file/20200610458e4cbc78201c1aec5fc53a31c5937815 2716.pdf> [Accessed 16 August 2021].

French Republic, 2006. *Code of criminal procedure*. [pdf]. Available at: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30/France/show> [Accessed 16 August 2021].

Frieden, J. D., & Murray, L. M., 2011. The Admissibility of Electronic Evidence Under the Federal Rules of Evidence, *Richmond Journal of Law and Technology,* 17 (2).

German Government, 1987. *The German code of criminal procedure*. Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html> [Accessed 13 August 2021].

German Government, 2013. *Code of Civil Procedure*. Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/index.html#gl_p0021> [Accessed 13 August 2021].

Gold, L. P., Baumgarten, J. A., Charles, S., Cooper, S. P., Hart, W. M., Mervis, M., Hernstadt, E, 2000. Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes, *Federal Reporter,* (111): 294.

Graeme Horsman, 2020. ACPO principles for digital evidence: Time for an update?, *Elsevier B.V,* No. 2665 - 9107.

Grimm, H. P. W, 2018. Introduction: Reflections on the future of discovery in civil cases. *Vanderbilt Law Review*, 71(6): 1775 – 1784.

Halboob, W., Mahmod, R., and Udzir, N. I.,2015. Privacy Levels for Computer Forensics: Toward a More Efficient Privacy-preserving Investigation, *Elsevier B.V* (11).

Hepp, A., Breiter, A., & Friemel, T. N., 2018. Digital traces in context, *International Journal of Communication*, 12: 440.

In the United States District Court for the District of Maryland, 2011. Jack R. Lorraine and, Beverly Mack v. Markel American insurance company. Civil Action No. PWG-06-1893, 25(1): 1–6.

Insa, F, 2007. The Admissibility of Electronic Evidence in Court (A.E.E.C.): Fighting against High-Tech Crime - Results of a European Study. *Journal of Digital Forensic Practice,* 1(4): 285 - 289.

ISO/IEC-27043., 2015. Information technology — Security techniques — Incident investigation principles and processes [pdf]. Available at: <https://webstore.iec.ch/preview/info_isoiec27043%7Bed1.0%7Den.pdf> [Accessed 13 May 2020].

ISO/IEC 27041., 2015. INTERNATIONAL STANDARD ISO / IEC Information technology — Security techniques — Guidance on assuring suitability and adequacy of incident.

Jarrett, H. M., & Bailie, M. W., 2003. Searching and seizing computers and obtaining electronic evidence in criminal investigations, *Office of Legal Education Executive Office for United States Attorneys,* Vol. 19.

John Sammons, 2014. *The Basics of Digital Forensics: the primer for getting stated in digital forensics,* Elsevier.

Joshi, R. C., & Pilli, E. S., Emmanuel, S. (2016). Fundamentals of network forensics : a research perspective. *Springer*.

Keane, A. andMcKeown, P, 2012. *The Modern Law of Evidence (9 th)*, Oxford University Press.

Kenneally, E. E., 2005. Confluence of digital evidence and the law: On the forensic soundness of Live - Remote digital evidence collection. *2005 UCLA J.L. & Tech. 5.*

K¨ohn, M. D. (2013). Integrated Digital Forensic Process Mode. *Elsevier*.

Kosseff, J., 2017. Defining cybersecurity law, *Iowa Law Review*, 103 (3): 985.

Kramer, F. D. (2013). Cyberpower and national security. *American Foreign Policy Interests (Vol. 35)*. https://doi.org/10.1080/10803920.2013.757960

Kuchta, K. J., 2001. Building a computer forensics laboratory, *Information Systems Security*, 10 (2): 1-7.

Leah Voigt Romano, 2005. Electronic Evidence and the Federal Rules, *Loyola of Los Angeles Law Review,* 38 (4).

Lee, H. C., Palmbach, T., & Miller, M. T., 2001. *Henry Lee's crime scene handbook*, Academic Press.

Lutui, R., 2016. A multidisciplinary digital forensic investigation process model, *Business Horizons,* 59(6): 593.

Marasa, M. H., Mirandab, M. D., 2014. Forensic Science, *Encyclopedia of Law and Economics,* (2).

Martin Oudin, 2015. *Evidence in Civil Law - France,* Institute for Local SelfGovernment and Public Procurement.

Montasari, R., Hill, R., Carpenter, V., & Hosseinian-Far, A, 2019. The standardised digital forensic investigation process model (SDFIPM), *Advanced Sciences and Technologies for Security Applications,* p. 169 – 209.

Mulazzani, M., Huber, M., & Weippl, E., 2012. Social Network Forensics : Tapping the Data Pool of Social Networks, *Eighth Annual IFIP WG 11.9 International Conference on Digital Forensic.*

Mumba, E. R., & Venter, H. S., 2014. Mobile forensics using the harmonised digital forensic investigation process, *Information Security for South Africa - Proceedings of the ISSA 2014 Conference.*

Mylonas, A., Meletiadis, V., Mitrou, L., and Gritzalis, D, 2013. Smartphone sensor data as digital evidence, *Computers and Security,* 38(2012): 56.

Nigel Jones, Esther George,Fredesvinda Insa Mérida, Uwe Rasmussen, Victor Völzow, 2014. *The Electronic Evidence Guide*, Germany: Hesse State Police Academy.

Obama, B., 2011. *Internationl strategy for cyberspace*. The White House.

Olivier Leroux, 2004. Legal Admissibility of Electronic Evidence*, International Review of Law, Computers and Technology,* 18 IRLCT. 193, 202.

Orin S. Kerr, 2005. Digital evidence and the new criminal procedure. *Columbia Law Review,* No 279.

Pande, J., & Prasad, A., 2015. Digital forensics, *IEEE Security and Privacy, CEMCA,* (7).

Pardo, M. S., 2013. The Nature and Purpose of Evidence Theory. *Vanderbilt Law Review,* 66: 547–613.

Park, R. C., 1991. Evidence Scholarship, Old and New. *Minnesota Law Review*, 849.

Perumal, S., 2009. Digital Forensic Model Based On Malaysian Investigation Process. *International Journal of Electronic Security and Digital Forensics,* 3(2): 108–119.

Pollit, M., 2007. A history of digital forensics. *E-Learning*, (1984): 1–11.

Reigeluth T, 2014. Why data is not enough: Digital traces as control of self and self-control. *Surveillance and Society Journal*, 12(2): 243 – 254.

Rogers, M. K., 2006. DCSA: A practical approach to Digital Crime Scene Analysis, *In Information Security Management Handbook*.

Roger, S., & Batty, E, 2017. The Future of E-Commerce in FMCG. *Kantar Worldpanel*. Available at: <https://www.kantarworldpanel.com/global/News/E-commercegrocery-market-has-grown-30> [Accessed 20 December 2021].

Romano, L. V., 2005. Electronic Evidence and the Federal Rules. *Loyola of Los Angeles Law Review,* (38): 1745 – 1802.

Rothstein, B., Hedges, R., & Wiggins, E., 2007. Managing Discovery of Electronic Information: A Pocket Guide for Judges. *Federal Judicial Center.*

Schneier, B, 2014. The future of incident response, *IEEE Security and Privacy*, 12(5): 96.

Schwartz, D. S., 2011. A foundation theory of evidence. *Georgetown Law Journal*, 100(1): 95–171.

Soltani, S., & Seno, S. A. H., 2017. A survey on digital evidence collection and analysis. *2017 7th International Conference on Computer and Knowledge Engineering,* ICCKE 2017, 247–253.

Stephen Mason - Daniel Seng, 2017. *Electronic Evidence*, University of London Press.

Sugisaka, K. L., & Herr, D. F., 2011. Admissibility of E-Evidence in Minnesota: New Problems or Evidence as Usual?, *Mitchell L. Rev.,* 35(4): 1453.

Syambas, N. R. and Farisi, N. El., 2014. Two-step injection method for collecting digital evidence in digital forensics, *Journal of ICT Research and Applications*, 8c (2).

The Committee of Ministers of the Council of Europe, 2019. *Electronic Evidence in Civil and Administrative Proceedings*.

Turban, E., King, D., Lee, J. K., Liang, T. P., & Turban, D. C, 2010. *Electronic Commerce*, Cengage Learning. Springer.

U.S. Department of Justice Office of Justice Programs, 2013. Crime Scene Investigation: A Guide for Law Enforcement. *U.S. Department of Justice Office of Justice Programs National Institute of Justice.*

U.S Government, 2020. *Federal ruless of evidence* [pdf] Available at: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_evidence__dec_1_2019_0.pdf [Accessed 10 May 2020].

U.S. Government, 2019. *Federal Rules of Civil Procedure* [pdf] Available at: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure__december_2020_0.pdf> [Accessed 10 May 2021].

U.S. Government, 2021. *Federal Rules of Criminal Procedure*. [pdf] Available at: <https://www.federalrulesofcriminalprocedure.org/table-of-contents/> [Accessed 13 August 2021].

Usoff, Y., & Ismail, R., 2011. Common phases of computer forensics investigation models, *International Journal of Computer Science & Information Technology,* Vol 3.

Zatyko, K., & Bay, J. S, 2012. The Digital Forensics Cyber Exchange Principle, *Forensics Magazine,* 81(6): 13.