

电子数据的收集、固定和运用的程序规范问题研究

王敏远 祁建建

摘要 科学技术的发展不仅增加了电子数据这种新型证据种类,而且对刑事诉讼的相关程序及证据规则有重要影响。本文首先对电子数据的收集、固定的程序法规范进行分析,着重剖析关于获得电子数据的搜查、扣押、勘验、鉴定、侦查实验等方式的法定程序;其次对电子数据的运用和审查判断展开阐述,包括对电子数据的真实性判断、关联性判断等;并对电子数据合法性由检察院承担证明责任、适用法定排除程序时应重视辩护律师意见等问题进行了分析。本文基于电子形式的证据载体与其他形式的传统证据材料有共性亦有其特性,探讨了在遵循法定程序、证据规则的同时需要注意新技术的运用方式;在将科学技术发展的便利引入刑事纠纷解决的同时,强调诉讼法与证据规则有其基本规律与原则必须遵循。

关键词 电子数据 收集 真实性 关联性 非法证据排除

电子数据是《刑事诉讼法》第48条新增的一种法定证据。所谓电子数据,是指与案件事实有关的电子邮件、网上聊天记录、电子签名、访问记录等电子形式的证据。^[1]司法解释及一些地方性规范文件中所指的关于电子数据的证据,与此并不完全相同。比如,2010年公布的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第29条规定:“对于电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、网络博客、手机短信、电子签名、域名等电子证据”,用词为“电子证据”,不同于刑事诉讼法所使用之“电子数据”,所列举的电子数据包括了手机短信、域名等权威解释未明示指出的种类。又如,2007年公布的《北京市高级人民法院关于知识产权民事诉讼证据适用若干问题的解答》对于如何理解“电子证据”一问,答曰“凡是表现为电子形式的、能够证明案件事实的证据都是电子证据。目前常见的电子证据包括计算机软件、BBS记录、BLOG记录、计算机网页、电子邮件、数码照片等。”虽用词亦为“电子证据”,所罗列范围虽有所不同,却均对其外在表现形式、也即证据载体须为“电子形式”予以确认。我们认为,新刑事诉讼法生效之后,旧司法解释及其他规范性文件中指代同种证据的术语与其虽有差别,但究其立法原意,“电子数据”所指内容与之之前有关文件中的“电子证据”并无区别。因此,

新刑事诉讼法之前适用于所谓电子证据的各种具体规则,与刑事诉讼法不冲突的内容,亦应用于规范与调整电子数据。

然而,作为一种新的证据,“电子数据”在刑事诉讼程序规范中,尤其是证据的收集、固定和运用的相关规则中是否有特别的要求,是个需要专门研究的问题。本文基于我们对电子数据这种证据的相关特点的认识,根据刑事诉讼法的相关规定和最高人民法院、最高人民检察院及公安部等部门为贯彻刑事诉讼法所颁布的相关规定,^[2]对电子数据的收集、固定和运用等相关程序和证据规则进行初步的探讨,以期有助于司法实践贯彻落实刑事诉讼法关于电子数据的程序规则和证据规则的要求。

一、关于电子数据的收集、固定的程序法规范分析

刑事诉讼法及相关司法解释对电子数据的收集、固定和运用的程序规范,与物证、书证等其他证据的要求基本相同。鉴于刑事诉讼法及司法解释对收集电子数据的基本要求,主要体现在对各种侦查行为的要求、对可能以电子数据方式呈现的各种证据种类的收集要求等方面,这是因为刑事诉讼中电子数据的获得主要是在侦查阶段,因此考察刑事诉讼法对侦查行为的规范,可知收集电子数据的程序法的基本要求。

[1] 郎胜主编:《中华人民共和国刑事诉讼法修改与适用》,新华出版社2012年4月版,第113页。

[2] 对这些规定,本文统称之为“司法解释”,并为行文简便而对不同部门的规定予以简称。其中,所指公安规定,是指公安部颁布的《公安机关办理刑事案件程序规定》;所指检察院规则,是指最高人民检察院颁布的《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》;所指法院解释,是指最高人民法院颁布的《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》。



收集电子数据的程序法的基本要求,主要包括6个方面,以下分别简要叙述。

(一)收集、调取电子数据的规范与要求

对侦查机关而言,收集电子数据,是指侦查机关向有关单位和个人提取能够证明案件事实的电子数据。根据刑事诉讼法以及有关部门的相关规定,收集和调取电子数据的相关要求包括:1.全面调取。所谓全面调取,就是要注意收集调取能够证实犯罪嫌疑人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的所有相关的电子数据。不能仅仅调取证明犯罪嫌疑人有罪、罪重的电子数据,也要调取证明犯罪嫌疑人无罪和罪轻的电子数据。2.持证调取。侦查机关调取电子数据,应当经由办案部门负责人批准,开具调取证据通知书。由提供电子数据的有关单位和个人在通知书上盖章或者签名。持证调取电子数据显示了侦查程序的合法性,提供证据方的签名盖章则显示了自愿配合的意愿,有利于说明证据来源,加强证据效力。3.必要时固定证据。采用录音或者录像等方式固定证据内容及取证过程,有利于对电子数据内容的及时固定,并有利于证明侦查的合法性。4.刑事司法与行政执法相衔接。对于行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的电子数据,侦查机关可以作为证据使用。由于涉及不同机关之间的证据移送,行政机关应当以本机关名义移送,侦查机关应当对证据的真实性、合法性、关联性进行审查,符合法定要求的方可作为证据使用。

(二)勘验电子数据的规范与要求

与电子数据有关的勘验是指侦查人员对与犯罪有关的场所、物品进行查看、了解和检验,以发现、收集和固定电子数据证据的一种侦查行为。与电子数据有关的勘验主要是以现场、场所、物品为对象进行的。就具体的行为对象而言,“与犯罪有关的场所”主要是指犯罪现场、现场外围以及其他可能留存电子数据的地方;与犯罪有关的“物品”是指作为犯罪的工具及现场遗留物的电子数据。

勘验是收集电子数据的重要方式,是获取犯罪现场以及其他与犯罪现场直接相关地点存留的电子数据的重要手段。鉴于电子数据的特殊性及其证明力依赖于人们对其的认识,关于电子数据的勘验对于查明案件事实、准确地认定案件具有难以替代的价值。客观、及时、全面地进行勘验可以及时发现、收集和固定电子数据。勘验是典型的科学证据的获取方式,对于促进侦查模式由依赖言词证据向依赖实物证据的转化,对于提高侦查破案的科学性与现代化程度,具有不容低估的意义。

综合刑事诉讼法和相关司法解释的规定,有关通过勘验收集电子数据的要求包括:1.对勘验人员的主体要求。刑事诉讼法及相关解释对勘验人员的要求包括对主

持人员、参加人员以及见证人的要求。(1)对勘验主持人的要求。根据刑事诉讼法的要求,勘验的主持人员应为侦查人员,对案件现场勘查不得少于二人。(2)对勘验参加人员的要求。由于电子数据证据的收集涉较强的专业性,在必要的时候,侦查机关可以指派或者聘请具有专门知识的人在侦查人员的主持下参加勘查。(3)对勘验见证人的要求。勘验时应当邀请与案件无关的公民作为见证人。见证人必须为我国公民且与案件无牵连、没有利害关系。见证人的作用在于证明勘验程序以及通过勘验所取得电子数据的客观性、合法性。2.对勘查证的要求。依据刑事诉讼法的规定,进行勘查必须持有人民检察院或者公安机关的证明文件。公安规定和检察院规则进一步明确,该证明文件为刑事犯罪现场勘查证或者勘查证。对勘查证的要求体现在以下几个方面。(1)勘查证的签发。勘查证的签发有签发权力主体、签发内容等要点。关于签发权力主体,根据相关解释的规定,勘查证由侦查机关首长签发,如县级以上公安局长、检察长签发。关于签发内容,由于勘查现场的地点较为具体,勘查对象和范围有条件做到具体化。此外,由于公安规定和检察院规则明确了勘查的主持人员应当是侦查人员,因此主持进行勘查的侦查人员也应当在勘查证中列明。(2)勘查证的使用。对勘查证的使用,刑事诉讼法和相关解释未做规定。实践中,勘查时应首先出示勘查证,勘查证是合法勘查的标志,勘查作为合法侦查行为具有法定的强制性,侦查人员有权对阻碍勘查的行为人使用强制力。勘查证作为诉讼法律文书,应与勘查笔录等订入案件卷宗。3.对勘查笔录的要求。勘查笔录是侦查人员制作的、记载勘查具体情况的法定证据种类,由侦查人员、参加人员及见证人签名或者盖章。勘查笔录是侦查机关所制作笔录的一种,记载勘查到的电子数据种类、数量、内容等,可以用于证明勘查程序、过程的合法性。制作勘查笔录,是勘查所获电子数据能够作为证据使用在形式上必须具备的要件。需要注意的是,勘查笔录应记载以下内容。(1)签章。勘查笔录必须有侦查人员、参加人员及见证人签名或者盖章。(2)准确、如实记载所发现的电子数据。对于勘查中发现的电子数据种类、数量等,必须如实予以记载。(3)勘查记录方式。勘查现场必须拍摄现场照片、绘制现场图,对重大案件的现场勘查必须录像,这些照片、现场图、录像资料也是勘查笔录的组成部分。(4)勘查笔录要对勘查时间、地点、对象、范围等予以准确记载,以备查考。4.对勘查中发现的电子数据的提取固定。勘查中发现有能够证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪、罪轻或者罪重以及可以证明案件有关事实的电子数据的,勘查人员有权予以提取并通过现场图、拍照、录像等方式固定,该电子数据的种类、数量等情况也应记载

入勘查笔录,用作侦查、起诉、审判的定案根据。对于其中不具备直接扣押条件的,但需要及时对证据进行固定的,可以对其进行电子数据现场勘验。现场数据勘验的主要方式包括制作存储介质的复制件、现场提取固定与案件有关的数据、对数据进行初步检验等方式。对于计算机犯罪案件的现场勘查,应当立即停止应用计算机,保护计算机及相关设备,并复制电子数据。

(三)搜查电子数据的规范与要求

搜查是找寻电子数据的重要方式,具体规定见于刑事诉讼法“侦查”1章第5节,第134条至第138条、公安规定第217条至第221条、检察院规则第219条至230条等。

综合刑事诉讼法及相关解释的具体规定,对搜查主要有以下几个方面的要求。

1.搜查相关人员的要求

对搜查相关人员的要求可分为对搜查工作人员的要求、对见证人的要求、对被搜查人或者其家属的要求等。

(1)对搜查工作人员的要求。刑事诉讼法要求搜查由侦查人员进行,对人数、身份等并未明确。公安规定进一步要求搜查由两名以上的侦查人员进行;检察院规则也要求执行搜查的检察人员不得少于二人,更进一步地,该规则区分了搜查的主持人与参加人,要求搜查必须在检察人员的主持下进行,参加人可以是司法警察,必要的时候,也可以指派检察技术人员参加或者邀请当地公安机关、有关单位协助进行搜查。考虑到电子数据的专业性特点,在关于搜查人员的构成问题上,检察院规则的规定更为详尽、务实,具有明确而具体的参考价值。在实践中,电子数据可能藏匿于人的身体,刑事诉讼法及相关解释等都规定,搜查妇女的身体,应当由女性工作人员进行。由于检察院规则规定了主持人员为检察人员,参加人员可以是检察技术人员、司法警察、公安机关、有关单位等多种人员,这些人都是搜查工作人员,这些工作人员中的女性可以作为搜查妇女的人员。

(2)对见证人在场的要求。刑事诉讼法规定,在搜查的时候,必须有“被搜查人或者他的家属,邻居或者其他见证人在场”。相关解释也对见证人在场做了明确要求。见证人可以是邻居或者其他与案件无关的人。其作用在于证明搜查的合法性,以确保搜查所获得的电子数据可以作为定案根据,避免证据因搜查不当而产生瑕疵。由于见证人在搜查笔录中的签字是搜查笔录作为定案根据的必要条件之一,因此,无论被搜查人及其家属是否在场,见证人都必须在场。由于刑事诉讼法及相关解释对见证人的数量未作要求,因此,有一个见证人在场的搜查也是合法的。

(3)对被搜查人或者家属不在场的记录。刑事诉讼法

及相关解释均规定,搜查时均须有被搜查人或者其家属在场。根据实际情况,也有变通的规定。在被搜查人在逃或者其家属拒不到场的情况下,在笔录中记明后并不影响搜查的合法性。

2.对搜查证的要求

除法律另有规定以外,搜查必须持有搜查证。对搜查证的要求体现在以下几个方面。(1)搜查证的签发。搜查证的签发涉及签发权力主体、签发内容等几个要点。关于签发权力主体,根据相关解释的规定,搜查证由侦查机关首长签发,如县级公安局长、检察长签发。关于签发内容,根据检察院规则第228条之规定,检察长签发搜查证时应当明确搜查对象和范围,搜查对象和范围可以是具体的、明确的某人的身体、物品、住处、工作地点或者其他有关的地方,“不得擅自扩大搜查对象和范围”。此外,由于检察院规则明确了搜查的主持人员应当是检察人员,因此主持进行搜查的检察人员也应当在搜查证中列明。(2)搜查证的使用。一是搜查时必须首先出示搜查证,出示搜查证是搜查产生强制力的前提。搜查时必须向被搜查人或者其家属出示搜查证,以示搜查的合法性,并应当说明阻碍搜查应负的法律后果,警示其搜查具有强制性,被搜查人或者其家属不配合搜查、阻碍搜查时可以强行搜查。二是要注意搜查证对搜查行为的限制,如果记载了搜查对象和范围,搜查行为不得超出搜查所记载的搜查对象和范围。超出搜查对象和范围的搜查属于无证搜查,如果不符合无证搜查的法定条件,这样的搜查所获得的电子数据需要经受证据排除规则的考验。(3)无证搜查的条件与事后补救。刑事诉讼法及相关解释均授权特殊条件下可以进行无证搜查,也即在执行逮捕、拘留的时候,遇有紧急情况,不另用搜查证也可以进行搜查。这就是逮捕、拘留时的附带搜查。公安规定和检察院规则对刑事诉讼法所指紧急情况做出了进一步规定,包括:可能随身携带凶器的;可能隐藏爆炸、剧毒等危险物品的;可能隐匿、毁弃、转移犯罪证据的;可能隐匿其他犯罪嫌疑人的;其他突然发生的紧急情况。公安规定与检察院规则不同的是,公安规定并未在规范中明确要求报告侦查机关首长及补办手续,就此而言,检察院规则要求,对于无证搜查的,搜查人员应在24小时内报告检察长并及时补办有关手续,这一规定的程序规范要求更加严格。

3.对搜查笔录的要求

搜查笔录是侦查人员制作的,记载搜查的情况,由侦查人员、被搜查人或者他的家属、邻居或者其他见证人签名或者盖章的法定证据。搜查笔录是侦查机关所制作笔录的一种,可以用来证明搜查程序、过程的合法性,并可以记载搜查到的电子数据种类、数量、内容等。制作搜查



笔录,是搜查所获电子数据能够作为证据使用在形式上必须具备的要件。需要注意的是,搜查笔录应记载以下内容:(1)搜查笔录必须有搜查人员和见证人的签名或者盖章;(2)对于搜查中发现的电子数据种类、数量等,必须如实予以记载;(3)必要时可以拍照、录像。(4)搜查笔录要对搜查时间、地点、对象、范围等予以准确记载。

4.对搜查中发现的电子数据的处理

搜查中发现有能够证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪、罪轻或者罪重、以及可以证明案件有关事实的电子数据时,侦查人员有权要求有关单位或者个人交出,未获得配合的,可以强制收集。搜查过程及发现的电子数据记载入搜查笔录,用作侦查、起诉、审判的定案根据。

(四)查封与扣押电子数据的规范与要求

对相关设备或载体的查封、扣押是收集电子数据的重要方式,查封、扣押是侦查机关依法强行提取、留置和封存与案件有关的电子数据的一种侦查行为。查封、扣押与勘验、搜查等侦查行为一同构成了侦查机关获取电子数据的证据方法,而电子数据的及时获取与固定正是查封、扣押等侦查行为的重要意义之所在。刑事诉讼法“侦查”这一章的第6节的名称虽为“查封、扣押物证、书证”,但是显而易见,物证、书证一词在此应做广义理解,指一切实物证据,包括视听资料、电子数据等,否则无法解决实践中除查封、扣押狭义的物证、书证以外的其他证据种类的法律依据问题。这一广义理解也获得检察院规则的印证,其对查封、扣押一节的标题定为“调取、查封、扣押物证、书证和视听资料、电子数据”。

通过勘验、搜查、查封、扣押,对于可能与案件有关系,需要扣押且具备扣押条件的电子设备、储存介质进行扣押,从而获取并保护、固定证据源,防止证据受到破坏。有鉴于此,刑事诉讼法及相关部门的规定对查封、扣押做出了相应的规定。综合刑事诉讼法及相关部门的规定,关于查封、扣押电子数据的要求有以下几个方面。

1.对查封、扣押人员、见证人及法律证明文件的要求

执行扣押物品、文件的侦查人员不得少于2人,并应当有见证人在场。扣押时必须持有有关法律文书和侦查人员工作证件。扣押的批准方式有以下两种。

(1)勘查、搜查时的扣押由现场指挥人员决定。在现场勘查、搜查的同时需要扣押物品、文件的,须出示勘验的证明文件或搜查证才能进行扣押,不需要另外的扣押证即可扣押,但决定是否扣押应当由勘验或搜查的现场指挥人员做出。(2)单独扣押由侦查机关负责人决定。对于不在勘查、搜查的同时进行扣押,而是单独进行扣押的,此时须持有扣押批准文件,如办案机关是公安机关的,应当经办案部门负责人批准,制作扣押决定书;扣押

财物、文件价值较高或者可能严重影响正常生产经营的,应当经县级以上公安机关负责人批准,制作扣押决定书;如办案机关是检察院,扣押应当经检察长批准。

2.对扣押通信类电子数据的要求

侦查机关在案件侦查过程中,可以扣押犯罪嫌疑人电子邮件等通信载体。此时的扣押程序除遵循扣押的一般程序要求之外,还应当经县级以上侦查机关负责人批准,签发扣押通知书,通知网络服务单位检交扣押;如不再需要继续扣押上述通信载体时,应当经县级以上侦查机关负责人批准,签发解除扣押通知书,立即通知邮电部门或者网络服务单位。

3.对制作扣押清单的要求

对于扣押的物品和文件,应当会同在场证人和被扣押物品、文件的持有人清点清楚,当场开具《扣押物品、文件清单》一式三份,写明物品或者文件的名称、编号、规格、数量、重量、质量、特征及其来源,由侦查人员、见证人和持有人签名或者盖章后,一份交给持有人,一份交给侦查机关保管人员,一份附卷备查。对于应当扣押但是不便提取的物品、文件,经拍照或者录像后,可以交被扣押物品持有人保管或者封存,并且单独开具《扣押物品、文件清单》一式二份,在清单上注明已经拍照或者录像,物品、文件持有人应当妥善保管,不得转移、变卖、毁损,由侦查人员、见证人和持有人签名或者盖章,一份交给物品、文件持有人,另一份附卷备查。

4.对已扣押电子数据证据予以固定、保管的要求

刑事诉讼法第139条规定:“对于查封、扣押的财物、文件要妥善保管或者封存,不得使用、调换或者损毁。”关于电子数据保管的具体要求包括:(1)对于扣押的电子数据相关物品、电子邮件,应当指派专人妥善保管,不得使用、调换、损毁或者自行处理。经查确实与案件无关的,应当在3日以内解除扣押,退还原主或者原持有部门、网络服务单位。(2)对不能随案移送的电子数据存储设备,应当拍成照片;容易损坏的电子数据设备,应当用笔录、绘图、拍照、录像、制作模型等方法加以保全。对于可以作为证据使用的录音、录像带、电子数据存储介质,应当记明案由、对象、内容,录取、复制的时间、地点、规格、类别、应用长度、文件格式等,并妥为保管。(3)对查获的不宜随案移送的电子数据设备、物品,原物不随卷保存,但应当拍成照片存入卷内,原物由公安机关妥为保管或者按照国家有关规定分别移送主管部门处理或者销毁,不宜随案移送的物品包括记载了危害国家安全的信件和其他宣传品、秘密文件、图表资料的电子数据证据设备。凡是已经送交财政部门处理的电子数据证据,属于赃物的,如果失主前来认领,并经查证属实,由原没收机关从财政部门提

回,予以归还。如原物已经卖掉,应当退还价款。(4)对作为犯罪嫌疑人违法所得的电子数据设备等财物,应当依法追缴;对属于被害人的合法财产的存储电子数据的设备,应当在登记、拍照或者录像、估价后及时返还,并在案卷中注明返还的理由,将原物照片、清单和被害人的领取手续存卷备查。对扣押的犯罪嫌疑人的存储电子数据的设备,应当妥善保管,以供核查。任何单位和个人不得挪用、损毁或者自行处理。(5)对扣押的犯罪嫌疑人的电子数据设备财物中,作为证据使用的实物应当随案移送;对不宜移送的,应当将其清单、照片或者其他证明文件随案移送。待人民法院作出生效判决后,由扣押的公安机关按照人民法院的通知,上缴国库或者返还被害人,并向人民法院送交执行回单。案件变更管辖时,与案件有关的财物应当随案移交。移交财物时,由接收人、移交人当面清点清楚,并在交接单据上共同签名或者盖章。

(五)电子数据的鉴定的规范与要求

就电子数据而言,鉴定是指侦查机关指派或聘请具有专门知识的人,就案件中涉及电子数据的某些专门性问题进行检验、鉴别和判断的一种侦查行为。由专业人员就电子数据取证中的专门问题进行的认定,也是一种收集电子数据的方式。电子数据涉及技术性专业问题,有时需要通过鉴定弥补侦查人员专业知识的不足,对电子数据及案件认定提供坚实的科学基础。刑事诉讼法也将鉴定意见作为了一种独立的证据种类,通过鉴定可以起到其他证据所难以替代的证明作用。刑事诉讼法与司法解释都对此做出了规定。综合刑事诉讼法和相关司法解释的规定,对有关电子数据的鉴定的要求如下。

1.关于鉴定的实施主体

刑事诉讼法规定了指派或者聘请两种产生鉴定人的方式,刑事技术鉴定由县级以上公安机关刑事技术部门或者其他专职人员负责进行;经县级以上公安机关负责人批准,可以聘请具有专门知识的人进行鉴定。刑事技术鉴定部门或者其他专职人员属于公安机关的内设鉴定机构的鉴定人。在需要其他部门的外部专业人员进行鉴定时,公安机关需聘请其他鉴定人,此时公安机关应当为鉴定人进行鉴定提供必要的条件,及时向鉴定人送交有关检材和对比样本等原始材料,介绍与鉴定有关的情况,并且明确提出要求鉴定解决的问题,但是不得暗示或者强迫鉴定人作出某种鉴定意见。

根据刑事诉讼法关于回避的规定,无论是侦查机关内部的鉴定人还是向外部聘请的鉴定人,均不得与案件有利害关系以及其他应当回避的情形,以保障鉴定意见的中立性、公正性。

2.对鉴定人签名的要求

鉴定人进行鉴定后,应当写出鉴定意见,并且签名。签名是鉴定意见能够作为定案根据的必要条件。没有签名的鉴定意见会由于缺乏法定要件而不能作为定案根据。

3.鉴定意见告知与申请补充鉴定或者重新鉴定

刑事诉讼法第146条规定:“侦查机关应当将用作证据的鉴定意见告知犯罪嫌疑人、被害人。如果犯罪嫌疑人、被害人提出申请,可以补充鉴定或者重新鉴定。”所谓用作证据的鉴定意见是指经过专门机构进行鉴定后形成的专门性问题的鉴定意见,经侦查机关审核后,认为可以作为证据使用的鉴定意见。由于鉴定意见直接关系到对案件事实的认定,对犯罪嫌疑人与被害人具有直接的利害关系,将准备用作证据的鉴定意见告知犯罪嫌疑人、被害人,体现了对犯罪嫌疑人、被害人诉讼权利的保障。在知悉了鉴定意见之后,犯罪嫌疑人或被害人如果认为鉴定意见不准确、不客观、不公正或者有疑问时,可以提出重新鉴定或补充鉴定的申请。

4.关于补充鉴定、重新鉴定的规定

除了犯罪嫌疑人或被害人申请补充鉴定、重新鉴定之外,办案部门或者侦查人员认为鉴定意见不确切或者有错误,经县级以上侦查关负责人批准,可以补充鉴定或者重新鉴定。重新鉴定时,应当另行指派或者聘请鉴定人。

5.鉴定时间计入办案期限

对电子数据的鉴定时间应当计入办案期限。对于因鉴定时间较长,办案期限届满仍不能终结的案件,应当对被羁押的犯罪嫌疑人变更强制措施,改为取保候审或者监视居住。

(六)侦查实验的规范与要求

修改后的《刑事诉讼法》第133条规定:“为了查明案情,在必要的时候,经公安机关负责人批准,可以进行侦查实验。侦查实验的情况应当写成笔录,由参加实验的人签名或者盖章。侦查实验禁止一切足以造成危险、侮辱人格或者有伤风化的行为。”

电子数据涉及专业的计算机、网络和信息工程等方面的专业内容,电子数据的生成、传输能否完成,完成的时间、地点和方式等,有时候难以直接判断,侦查实验能够在一定程度上解决这一问题,由于侦查实验本身是一种特殊的侦查行为,只能在“必要的时候”方可决定使用,即在涉及下列情况的条件下,才可以进行侦查实验:1.确定在一定条件下能否听到或者看到;2.确定在一定时间内能否完成某一行为;3.确定在什么条件下能够发生某种现象;4.确定在某种条件下某种行为和某种痕迹是否吻合一致;5.确定在某种条件下使用某种工具可能或者不可能留



下某种痕迹;6.确定某种痕迹在什么条件下会发生变异;7.确定某种事件是怎样发生的。侦查实验,应当由侦查人员进行,并应当邀请其见证人在场。在必要时也可以聘请具有专门知识的人参加。

以上集中探讨侦查阶段收集电子数据证据的法律依据及具体要求。实践中,对于“收集方式”还有另外一种含义,即收集的具体操作方式。应当区分这两种“收集方式”,前者以法律为视角,后者以技术手段为视角。技术层面上,电子数据的收集、固定方式除了对作为电子数据的储存介质的提取和固定,还包括打印、拷贝等复制方式,同时需要注意区分不同种类电子数据证据,采用不同的固定技术、方式。

另外,侦查人员固定电子数据时,应当制作提取、复制电子数据过程的有关文字说明,主要需记载以下内容:本案案由、证明对象、电子数据的内容,提取、复制的时间、地点,电子数据的规格、类别、文件格式。电子数据提取人、制作人、持有人、见证人必须在文字说明文件上签名或者盖章。如果电子数据持有人未在现场或者拒绝签字盖章,侦查人员应当在文件中说明情况,或者将提取、复制有关电子数据的过程拍照或者录像。该说明文件能够证明证据收集、固定程序的合法性,在审查判断电子数据时具有重要意义和证明价值。

二、关于电子数据的运用的规范分析

所谓电子数据的运用,是指对收集、固定的电子数据进行审查判断,用以作为认定案件事实的证据、做出侦查、起诉、审判相关决定的根据。运用电子数据首先并且主要是从电子数据作为证据的基本要求审查判断。电子数据与其他种类的证据相同,应具备证据的3个基本要求:真实性、关联性、合法性,具备这3方面的要求的电子数据才能作为证据使用;此外,电子数据的运用必须结合相关的技术发现、提取、检验、鉴定,并结合技术上的指标、要求进行审查判断。

关于电子数据的审查判断的法律规定可见于刑事诉讼法以及法院解释第93条等相关规定。

综合刑事诉讼法和有关部门的相关规定,电子数据的运用应当注意以下几个方面。

(一)审查判断电子数据的真实性

电子数据的真实性,又称客观性,是指电子数据是现实中客观存在或者实际发生的材料,可以对其进行比对和查证,不是主观上的推测、想象,也不是各种理论、学说和观点。电子数据的真实性强调证据的内容真实存在,并且不会因为主观活动而改变的特性,是电子数据作为证据所必须具备的最基本的属性。

综合刑事诉讼法和相关解释的规定,审查电子数据

的真实性,要注意电子数据的特殊性。电子数据是信息技术发展的产物,属于科技类证据的一种,其本身具有易被修改且不易被察觉的特性。故要保证其真实性就要从其来源、形式和证明的过程进行审查。

1.审查电子数据的原始存储介质及其复制

审查电子数据真实性,应审查电子数据是否随原始存储介质移送。

在原始存储介质无法封存、不便移动或者依法应当由有关部门保管、处理、返还时,提取、复制电子数据是否由二人以上进行,是否足以保证电子数据的完整性,有无提取、复制过程及原始存储介质存放地点的文字说明和签名。此外,要审查收集和复制电子数据时,电子数据是否来自使用正常的信息设备,在数据输入时,信息设备是否运行良好,收集的内容是否来自输入信息设备的数据,复制是否完整,是否与原始数据一致。

2.审查电子数据有无删改

在电子数据真实性的审查判断时应注意,电子数据具有无形性、易受破坏性的特点,这在一定程度上决定了有时其所反映的事实并不是案件的真实情况,而仅仅是表象的“真实”。如经过伪造的电子信件、经删改后的电子数据等等,而这些被篡改、被破坏的电子数据,侦查人员在认定其真实性方面往往存在很大的困难。如果出现了对电子数据内容的剪裁、拼凑、篡改、添加等伪造、变造情形,比如在怀疑对电子数据的删改、伪造时,侦查人员无法以感官来进行判定,只能依法聘请具有专门技术知识的人对其进行鉴定,然后依据鉴定意见作出判断。有专家鉴定的电子数据的真伪,一般给予认可。但这并不代表专家鉴定意见的内容不可推翻,在鉴定意见可能有误的情形下,可以通过重新鉴定予以确定,也可以由专家辅助人对此提出质疑后确定其正误。

3.结合其他证据综合审查电子数据的真实性

在全面收集各种证据的前提下,审查电子数据的真实性要结合其他证据,考察电子数据的内容与其他证据之间是否有矛盾,如果有矛盾,矛盾是否能够得到合理的排除。

在通常情况下,单个电子数据证据无法证明其自身的真实性,只有与其他证据相结合,加以综合分析、判断,才能确认其真伪。在电子数据与其他证据相比较确定其真假的过程中,应遵循以下规律:两证矛盾,必有一假;与众证矛盾,多属假证;与已查明的案件事实矛盾,慎重判断其真假;自相矛盾,应属假证。

如前文所述,审查判断电子数据的真实性的方法还有鉴定、勘验、综合审查判断的方法等。在司法实践中,如对电子数据的真实性有疑问,有条件时应综合运用各种

方法进行审查判断。

(二)审查判断电子数据的关联性

电子数据的关联性,是指电子数据应与案件事实有联系,并能对相关案件事实有证明作用。简而言之,有这个电子数据比没有这个电子数据更能够证明案件事实。需要证明的案件事实,也即证明对象,主要有两个部分的事实,即案件的实体法事实和程序法事实。关于案件事实,既包括需要证明的刑事案件的主要事实,也包括需要证明的与刑事案件相关的其他事实。凡是与追究犯罪嫌疑人、被告人刑事责任有关的一切需要证明的事实,都是证明的对象。证明对象具有3个特点:一是证明对象必须是与涉案事实相关的事实;二是这些事实一般都为一定的法律规范所规定;三是必须运用证据加以证明才能确认的事实。

关联性的有无以及大小决定着电子数据能否作为证据以及证明力的大小。如果电子数据和案件事实的联系紧密、有直接联系,则证明力大;如果电子数据和案件事实之间的联系是间接的、逻辑上相距较远的、需要推理才能确定其证明价值的,则关联性就稀薄,证明力小。

刑事诉讼法并未对证明对象的具体内容作出规定,相关解释等对此做出了简要的规定。需要运用证据证明的案件事实包括实体法事实和程序法事实,具体而言,审查电子数据的关联性应当审查电子数据与以下事实是否有联系。

1.与案件实体法事实的关联性

实体法上的事实主要包括两个方面的内容。

(1)犯罪构成要件事实

这是证明对象的核心部分。首先要查明构成犯罪的行为是否确已发生。如果确有犯罪行为发生,则应当查明实施犯罪行为的时间、地点、方法、手段、工具和条件,以及犯罪结果、对社会造成的危害性。这类事实往往概括为“七何”要素,即何人、基于何种动机和目的、何时、何地、用何种手段、实施了何种犯罪行为、产生了何种危害后果。我国刑法具体规定了各种具体犯罪的构成要件和特征,所以对于具体案件的证明对象要按照刑事实体法律的要求来确定。

(2)作为从重、加重或者从轻、减轻、免除处罚理由的事实

即作为量刑轻重的各种量刑情节的事实。这些情节,特别是其中的法定情节,对量刑轻重具有直接的影响。只有全面查明这些情节,才能正确适用法律,做到量刑适当。例如,根据我国现行刑法的规定,累犯、主犯、教唆不满18周岁的人犯罪等,都是从重处罚的情节;预备犯、未遂犯、中止犯、从犯、胁从犯、未成年人犯罪、又聋又哑的

人或者盲人犯罪等,是从轻、减轻或者免除处罚的情节。此外,犯罪嫌疑人、被告人在犯罪后的态度和表现,诸如自首、坦白、立功或者潜逃、毁灭证据、串供,以及被刑事追诉之人的身份情况,有无前科等等,都对刑事责任由影响,属于刑事诉讼中的证明对象,在诉讼过程中需要加以证明。

2.与案件程序法事实的关联性

程序法上的事实主要包括:(1)当事人申请回避时提出的关于回避的事实;(2)当事人因不可抗拒的原因或者有其他正当理由耽误法定诉讼期限而提出申请的事实;(3)需要对当事人采取强制措施的事实以及影响采取强制措施的事实;(4)违反法定的刑事诉讼程序而可能影响正确判决的事实;(5)违反法定的刑事诉讼程序可能导致证据被排除的事实等。

电子数据必须与以上待证事实有联系,即具有关联性,才有必要进一步考察其收集程序是否合法、是否能够作为定案的根据。至于电子数据的合法性问题,因为与非法证据的排除密切相关,后文予以专门论述。

(三)证明标准及电子数据的证明价值

证明标准,又称为证明要求,是指公安、司法机关人员运用包括电子数据在内的证据证明案件事实应当达到的法定要求。即证明达到什么程度,方可以进行某种诉讼活动或者作出某种决定。公安、司法机关每作出一项诉讼决定,都需要对案件事实作出证明,由于诉讼不同阶段的诉讼决定的内容和条件不同,证明要求也有所不同。

法律设定证明要求,需要考虑以下几个因素:一是证明要求应当是一种明确的具体的要求;二是证明要求应当是在诉讼有限的时空条件和资源许可的情况下所能达到的要求;三是诉讼证明要求还应当根据诉讼性质的不同而分别设置。需要特别说明的是,刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼各有其不同的证明标准。刑事诉讼由于涉及对被告人定罪量刑的问题,其法律后果最为严重,因此刑事诉讼证明标准也是三大诉讼法中证明要求最高的;另外,在刑事诉讼中,因为在不同的诉讼阶段,由于证明对象系实体事实或程序事实,案件的主要事实或次要事实,定罪事实或量刑事实等差异,设置的证明要求也有所区别。

在大陆法系国家和英美法系国家存在不同的刑事证明标准学说。在英美法系国家较具代表性的表述是“排除合理怀疑”。所谓“合理怀疑”即在一切实证经过全部比较和考虑之后,审理事实的法官(陪审员)本于道义和良知,对于所诉的事实,存在怀疑,不能信以为真。“排除合理怀疑”作为英美法系诉讼证明的指导性标准,与



证明责任的分配密切相关。在大陆法系国家,对刑事证明标准的准确表述是“内心确信”。大陆法系国家实行较为完全的自由心证,法官为了形成心证而采用的有关资料并不局限于经过有目的的调查所取得的证据资料,还包括在审理过程中当事人所表现出来的各种态度和状态在内的全部情况。大陆法系的证明标准与法官的自由心证联系密切,法官通过对证据的审查判断所形成的那种内心信念为“心证”,当这种“心证”达到深信不疑或排除合理怀疑的程度即形成了确信。可见,两大法系的证明标准学说虽然表述不同,但二者其实是同一证明标准互为表里的两种表述。

在我国,公诉案件大体要经过立案、侦查(逮捕)、移送审查起诉、提起公诉和判决几个阶段。对立案、侦查、起诉和判决的每个诉讼阶段,法律都规定了一定的证明标准。需要注意的是,起诉和判决有罪的证明标准是一致的,即案件事实清楚、证据确实充分。在此需要研究的问题是:电子数据作为直接证据能否单独作为认定案件事实的根据?是否必须同其他证据相结合才能证明案件事实?

在知识产权民事案件中,2007年公布的《北京市高级人民法院关于知识产权民事诉讼证据适用若干问题的解答》规定,“经查证属实,电子证据可以作为直接证据单独认定案件事实。”

刑事诉讼对有罪和罪重事实的证明要求比民事诉讼的更高,单独的电子数据能否直接认定案件事实,是否需要同其他证据相结合,是更复杂的问题。原则上,刑事案件中“孤证”不能定案同样应适用于电子数据。当然,这只是对定罪而设定的原则和标准。因此,对于证明犯罪嫌疑人无罪、罪轻的证据,也即有利于犯罪嫌疑人的证据,经查证属实,电子数据应可以据此单独作为认定有关案件事实的证据。

三、电子数据的合法性与电子数据的排除

为了规范取证程序,保障被取证人的合法权利,2012年修改的刑事诉讼法对非法证据的排除作出了相对明确的规定,相关司法解释对此也予以了进一步的具体的规定。

综合刑事诉讼法与相关解释的规定,刑事诉讼法规定的非法证据排除虽未明确包括电子数据,但是检察院规则以“有疑问”为前提规定了对电子数据的审查,法院解释以“不得作为定案的根据”为结果规定了对电子数据的审查要求,从内容而言,两个解释的内容有一部分实质上就是电子数据的排除,除此之外,还规定了对电子数据真实性、关联性的审查。具体而言,有以下内容需要注意。

(一)电子数据与非法证据排除等相关问题

所谓非法证据排除,是指“在侦查、审查起诉、审判时发现有应当排除的证据的,应当依法予以排除,不得作为起诉意见、起诉决定和判决的依据。”《刑事诉讼法》第54条规定:“采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述,应当予以排除。收集物证、书证不符合法定程序,可能严重影响司法公正的,应当予以补正或者作出合理解释;不能补正或者作出合理解释的,对该证据应当予以排除。”从规定的文字看,并未涉及电子数据,因此,我们需要研究以下几个问题。

1.电子数据是否属于法定非法证据排除范围

从实体标准上看,非法证据包括非法的言词证据和非法的实物证据。前者包括犯罪嫌疑人、被告人的供述、被害人陈述和证人证言;后者包括物证、书证以及其他相关证据。据此,我们认为,我国刑事诉讼法所规定的需要排除的非法证据,应当包括采用非法方法获得的所有种类的证据,当然,排除方式因证据种类的差异而有所不同。从程序标准上看,我国的非法证据主要是指获取证据的方法上的非法。而“非法”的程度又有轻有重,有一般的违法和严重的违法。一般违法获得的证据通常被认为是瑕疵的证据,不应认定为非法证据而一律予以排除,只有那些取证方法违法严重而获得的证据才属于非法证据,才应当予以排除。其中,书证、物证等证据,只有在其获取的方法违反法律规定的程序,且严重影响司法公正而又不能补正或者作出合理解释的,才予以排除,这属于一种有条件的排除。

基于以上所述,刑事诉讼法第54条所规定的非法证据排除虽然没有将电子数据明确列入其中,但鉴于电子数据和物证、书证等证据都属于“实物证据”,具有基本相同的特点,因此,对采用非法方法收集电子数据是否应当排除,应适用与物证、书证相同的规则,即收集电子数据“不符合法定程序,可能严重影响司法公正的,应当予以补正或者作出合理解释;不能补正或者作出合理解释的,对该证据应当予以排除。”

2.人民检察院证明电子数据合法性的举证责任

在刑事诉讼中由控方承担证明被告人有罪的举证责任,控方不仅要证明被告人构成犯罪,不仅应当证据确实、充分,而且应证明其证据系通过合法手段、方式获取,因此,《刑事诉讼法》第57条规定:“在对证据收集的合法性进行法庭调查的过程中,人民检察院应当对证据收集的合法性加以证明。”“现有证据材料不能证明证据收集的合法性的,人民检察院可以提请人民法院通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况;人民法院可以通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况。有关侦查人

员或者其他人员也可以要求出庭说明情况。经人民法院通知,有关人员应当出庭。”如果人民检察院对于电子数据的收集的合法性不能证明,或者举证后仍不能排除有采取非法方法收集的,人民法院应当依照《刑事诉讼法》第54条、第58条的规定对其予以排除,不得用作定案的根据。

3.非法电子数据的排除程序有申请启动与依职权启动两种启动方式

我国刑事诉讼法要求当事人及其辩护人、诉讼代理人有权申请人民法院对以非法方法收集的证据依法予以排除。因此,申请排除以非法方法收集电子数据的,应当提供相关线索或者材料。这一要求是对排除非法电子数据的申请条件,提供线索或者材料只是对申请人提出申请的要求,一旦审判人员决定启动调查程序,根据《刑事诉讼法》第57条的规定,对电子数据收集的合法性的证明责任仍然由人民检察院承担,并非由当事人及其辩护人、诉讼代理人承担证明责任。

人民法院发现电子数据系非法获得的,也有权主动启动非法证据排除程序进行调查。

4.侦查人员在法院通知时应当出庭证明收集程序是否合法

理论上,侦查人员不是在每个非法证据排除案件中都要出庭作证,但是,当出庭作证证明证据合法确有必要时,人民检察院可以提请人民法院通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况;人民法院也可以通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况;有关侦查人员或者其他人员也可以要求出庭说明情况。一旦法院决定有关人员应出庭作证并发出通知,侦查人员等有关人员必须出庭并就收集证据的合法性问题说明情况。

(二)司法解释等关于排除电子数据的规定及注意事项

法院解释第93条、94条以及检察院规则第370条等司法解释相关规定关于排除电子数据的规定由3个部分组成:其一是由于电子数据本身不真实,未符合对证据客观性的要求而排除;其二是由于电子数据与案件有关事实没有关联性而排除;其三是由于对收集程序也即制作、取得的时间、地点、方式等有疑问,不能提供必要证明或者作出合理解释而排除。以上内容中主要是第3个部分的规定,才属于基于电子数据收集程序合法性的排除,这是我们需要在此论述的内容。

1.排除程序的启动

虽然提出非法证据排除的申请通常是辩护方,但排除电子数据的启动主体为人民检察院或者人民法院。当人民检察院或者人民法院对电子数据的制作、取得的时

间、地点、方式等有疑问时,有权启动排除程序进行调查。侦查机关为了避免在侦查后的刑事诉讼阶段中陷入证据合法性调查的被动局面,应主动审查电子数据收集程序的规范性,对照刑事诉讼法及相关侦查章节对各种侦查行为的要求,如对调取证据、勘验、搜查、鉴定等的具体要求,与案卷材料一一对应审查。对不符合法律要求的电子数据,应主动予以补正或者做出合理解释,形成文件材料并附卷。

2.重视辩护律师意见

在司法实践中,辩护律师依法有权提出对犯罪嫌疑人、被告人有利的意见或者材料,其中有关电子数据排除的意见和材料,有助于人民检察院或者人民法院启动电子数据的排除。对于辩护律师提出的相关意见或者材料,人民检察院、人民法院应当充分重视,并及时就是否启动排除以及是否予以排除等问题作出答复。侦查机关对于辩护律师提出的意见或者材料,应予附卷,并与辩护律师及时沟通,认真答复,对于符合排除条件的电子数据应予以排除,以免忽略律师的正确意见,导致后续程序中启动对侦查行为合法性的调查。

3.不同机关排除非法电子数据的程序

基于我国刑事诉讼法规定的排除非法证据的主体,除法院外还包括检察机关和公安机关,因此,需要关注不同机关排除非法证据的特点。

根据相关部门的有关规定,在排除非法电子数据前,人民检察院和人民法院都有权就电子数据收集程序的合法性展开调查。

人民检察院有权要求侦查人员提供获取电子数据的有关情况。必要时也可以询问提供物证、书证、视听资料、电子数据及勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录的人员和见证人,并制作笔录附卷,对物证、书证、视听资料、电子数据进行技术鉴定。

人民法院有权调查电子数据的收集程序、方式是否符合法律及有关技术规范;经勘验、检查、搜查等侦查活动收集的电子数据,是否附有笔录、清单,并经侦查人员、电子数据持有人、见证人签名;没有持有人签名的,是否注明原因;远程调取境外或者异地的电子数据的,是否注明相关情况;对电子数据的规格、类别、文件格式等注明是否清楚;如果经过调查,电子数据的制作、取得的时间、地点、方式等仍然有疑问,不能提供必要证明或者作出合理解释的,应当予以排除。

司法解释所规定的以上调查程序,侦查机关亦可参考,在侦查终结前对电子数据的收集程序合法性进行审查,对不符合侦查程序的规范的,应自行排除。

(作者单位:中国社会科学院法学研究所)