规范电子数据侦查取证措施势在必行

谢登科

《刑事诉讼法》第四次修改前瞻（之四）

- 最高法、最高检和公安部发布的《电子数据规定》《电子数据取证规则》等规范性文件法律层级相对较低，属于较低位阶的法律规范，已经无法有效适应信息网络时代中电子数据侦查取证措施法治化、现代化的基本要求。
- 由于各级司法机关为规范电子数据侦查取证活动而制定的规范性文件和电子数据侦查取证实践探索中的成功经验，因此在《刑事诉讼法》再修改中规定和完善电子数据侦查取证措施，既具有必要性，也具有可行性。
- 司法人员在电子数据侦查取证中仅将电子数据原始存储介质纳入搜查对象，这就让承载着财产权、隐私权等基本权利的电子数据在侦查取证中无法独立获得相应程序保障。因此，建议在刑诉法再修改中适当扩张搜查扣押制度的适用范围，将电子数据明确纳入其中。

《刑事诉讼法》再修改已经列入全国人大立法规划，这是我国《刑事诉讼法》的第四次修改，也是数字经济和网络社会飞速发展背景下对《刑事诉讼法》的再次修改。在信息网络社会中，电子数据已经成为诉讼活动中的“证据之王”，因此，电子数据侦查取证措施的法治化、体系化，应当成为此次《刑事诉讼法》再修改的重要内容之一。

现行规范性文件层级较低无法适应现实需求

我国2012年修订的《刑事诉讼法》首次在法律层面规定了“电子数据”，将“电子数据”纳入法定证据种类之中，由此确立了电子数据在刑事诉讼中的法律地位。但是，此次修订没有针对电子数据自身特征设置相应的侦查取证规则和审查认定规则。电子数据作为广义的实物证据，虽然可以适用传统实物证据的搜查、扣押、勘验等侦查取证措施予以收集，但是，电子数据具有的虚拟性、海量性、可复制性等特征，决定了对其仅适用传统侦查措施予以收集取证就可能存在较大局限性。

为了解决上述困境，最高人民法院、最高人民检察院和公安部于2016年9月颁布了《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》（以下简称《电子数据规定》），之后公安部又于2019年1月颁布了《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》（以下简称《电子数据取证规则》）。这些规范性文件因应电子数据自身特征而创设了很多新兴的侦查取证措施，比如电子数据网络在线提取、网络远程勘验、电子数据冻结等，为我国各级公安司法机关在办理刑事案件中收集提取、审查认定电子数据提供了制度依据。总体来看，这些规范性文件的法律层级相对较低，属于较低位阶的法律规范，无法有效适应信息网络时代中电子数据侦查取证措施法治化、现代化的基本要求。

完善电子数据侦查取证措施的必要性与可行性

在数字经济和网络社会中，电子数据既是司法机关认定案件事实的证据材料，也是承载公民基本权利的重要载体。比如比特币、莱特币等数字货币类电子数据承载了公民的财产权，电子邮件、微信、短信等通信类电子数据承载了公民的通信自由和通信秘密权，计算机登录日志、网页浏览痕迹、手机定位信息、电子交易记录等电子数据承载了公民隐私权或者个人信息权。这些都是我国《宪法》赋予公民的基本权利。电子数据侦查取证会不同程度地干预这些财产权、隐私权等基本权利。由较低位阶的规范性文件来创设电子数据的新型侦查取证措施，既可能存在“重有效取证，轻权利保障”的本位倾向，也有悖于“法律保留原则”的基本要求。

在信息网络时代，公安司法机关在办理刑事案件中电子数据侦查取证活动的常态化与扩大化，为《刑事诉讼法》再修改中创设新兴侦查取证措施提供了稳定的调整对象。各级公安司法机关为规范电子数据侦查取证活动而制定的规范性文件和电子数据侦查取证实践探索中的成功经验，为《刑事诉讼法》再修改中设立电子数据的侦查措施提供了参考素材。因此，在《刑事诉讼法》再修改中规定和完善电子数据侦查取证措施，既具有必要性，也具有可行性。

对于电子数据侦查取证措施的修改和完善，既包括传统侦查措施的数字化改造和发展，即对搜查扣押等传统侦查措施回应电子数据取证而予以必要修改和完善，也包括创设电子数据的新兴侦查措施和程序，即将现有规范性文件所创设且在司法实践中运行较为成熟的网络远程勘验、电子数据冻结等新兴侦查措施吸收到《刑事诉讼法》之中。

修法应保障电子数据侦查取证中的基本权利

此次修法需要回应电子数据侦查取证中的基本权利保障需求，对现有搜查扣押等传统侦查措施予以适当改进与完善。从域外国家的立法例和相关案例来看，对于承载公民隐私权、财产权的电子数据侦查取证，需要纳入搜查扣押的调整范围，受到法律保留原则、令状主义、比例原则等法律理念和原则的规制。

我国《刑事诉讼法》虽然没有明确将电子数据纳入搜查对象，但相关条文已经体现了电子数据应当属于搜查对象之义。比如《刑事诉讼法》第136条在规定搜查目的时，将其界定为“收集犯罪证据”和“查获犯罪人”，而电子数据作为我国刑事诉讼中法定证据之一，自然就应当属于搜查对象。另外，第137条在规定搜查中相关单位和个人的证据提交义务时，对证据提交对象采取了“开放式”规定，没有将其限定为物证、书证、视听资料三类实物证据，该条款在列举完上述三类实物证据后，采取了“等证据”的立法表述，这显然就意味着将电子数据纳入了证据提交的范围，也意味着我国现行《刑事诉讼法》将电子数据纳入搜查的适用对象。但是，由于上述法律条款的表述较为隐晦，需要对相关条款进行文义解释和体系解释才能得出上述结论。无论是《电子数据规定》，还是《电子数据取证规则》，在规定电子数据侦查取证措施时，都没有对电子数据搜查作具体规定，这意味着上述规范性文件没有将电子数据纳入搜查的适用范围。

在司法实践中，公安司法人员在电子数据侦查取证中并不将电子数据作为搜查的直接适用对象，仅将电子数据原始存储介质纳入搜查对象，这就让承载着财产权、隐私权等基本权利的电子数据在侦查取证中无法独立获得相应程序保障。为了克服上述困境，建议在刑诉法再修改中适当扩张搜查扣押制度的适用范围，将电子数据明确纳入其中。

刑诉法修改应吸纳实践中的新兴侦查措施

对于司法实践中出现的网络远程勘验、电子数据冻结等新兴侦查措施需要将其吸收到刑事诉讼法之中。《电子数据规定》和《电子数据取证规则》因应电子数据自身特征创设了网络远程勘验、电子数据冻结等新兴侦查措施。我国《刑事诉讼法》中规定了勘验、冻结等侦查措施。若仅从表面上看，网络远程勘验、电子数据冻结作为勘验、冻结的下位概念，似乎可以适用《刑事诉讼法》中勘验、冻结的现有制度与规则，但实际则并非如此。网络远程勘验、电子数据冻结等新兴侦查措施，在价值功能、法律性质、运行程序等方面，都与作为传统侦查措施的勘验、冻结存在本质区别，无法适用现有侦查取证措施的相关制度和规则，因此，需要在刑诉法再修改中对其予以专门规定。

以电子数据冻结为例，我国现行《刑事诉讼法》中规定的冻结措施主要是“财产型冻结”，是针对犯罪嫌疑人的存款、汇款、债券、股票、基金份额等财产而设置的保全措施，其目的在于防止此类涉案财产发生转移、隐匿等风险。电子数据冻结主要是“证据型冻结”，是针对云空间电子数据、海量电子数据等采取的证据保全措施。这些电子数据并不限定为犯罪嫌疑人所有，也可以为其他主体所占有或者控制。该侦查措施主要是为了防止电子数据可能发生的修改、毁灭、破坏等风险。电子数据冻结，不仅与传统冻结措施在功能定位、法律性质上存在本质区别，其运行程序也有较大差异，比如作为财产保全措施的冻结，其运行过程中需要遵循“财产价值最大化”原则，在该原则之下，对于冻结的债券、股票、基金份额等财产，为了防止价格波动导致的财产权益损失，经权利人同意或者申请，经司法机关同意，可对其予以出售、变现。但对于电子数据冻结而言，在冻结期间原则上不允许先行处置，以防止证据信息发生变动、丢失、破坏等风险。

电子数据应纳入非法证据排除规则适用范围

电子数据应纳入非法证据排除规则的适用范围，作为对侦查机关电子数据违法取证侵犯公民基本权利的程序性制裁。在刑事诉讼中，程序性制裁是遏制国家公安司法机关程序性违法和为个人权利提供救济的重要方式，主要通过宣告违法收集的证据、实施的诉讼行为、作出的裁判结果丧失法律效力来实现权利救济。非法证据排除规则是程序性制裁的重要方式之一。

我国《刑事诉讼法》已经建立了较为完善的非法证据排除规则，将非法证据区分为“非法言词证据”和“非法实物证据”，但“非法实物证据”中仅列明了物证、书证，而没有将电子数据纳入其中。最高人民法院、最高人民检察院出台的相关司法解释和规范性文件，在对非法证据排除规则予以解释和细化时，也并没有将电子数据纳入非法证据排除规则的适用范围。但是，这并不意味着在司法实践中没有侦查机关违法收集电子数据侵害公民基本权利的案例。由于欠缺相关法律规定，我国司法机关在处理违法收集电子数据的案例时做法不一，一些案件中将电子数据依附于其存储介质而将其作为物证来适用非法证据排除规则，但也有以欠缺法律规定为由直接拒绝对电子数据适用非法证据排除规则的情况。这些处理方法无法为电子数据所承载的基本权利提供充分、独立的法律救济。因此，需要在刑诉法再修改中明确将电子数据纳入非法证据排除规则的适用范围。

（作者系吉林大学法学院教授、博导，中国刑事诉讼法学研究会常务理事）