

刑事案件电子数据取证的问题及建议

陈 梅

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2023年7月11日; 录用日期: 2023年7月21日; 发布日期: 2023年9月13日

摘 要

在大数据时代, 网络犯罪相比以往也越加复杂和多样, 这给刑事案件的侦察带来了很大的挑战。在这其中, 电子数据的取证问题就成了侦破案件的关键点, 但是电子数据相对于传统的数据有很大的差异, 存在着许多待解决的新问题。尤其是电子数据取证不仅涉及到法学领域, 也涉及到电子计算机领域, 有着极强的专业性, 这就加大了刑事案件过程中电子数据取证的难度。但面对当下网络电子犯罪激增现状, 必须解决电子数据取证产生的实践难题和矛盾问题。有鉴于此, 本文将通过对电子数据相关概念的界定、电子数据取证的现状去探究电子数据取证的实践困境, 从而提出相应的完善建议, 更好的用法律去规制存在的问题。

关键词

电子数据取证, 电子数据取证规则, 问题及建议

Problems and Suggestions of Electronic Data Forensics in Criminal Cases

Mei Chen

Law School of Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Jul. 11th, 2023; accepted: Jul. 21st, 2023; published: Sep. 13th, 2023

Abstract

In the era of big data, cyber crimes are becoming more complex and diverse than ever before, which brings great challenges to the investigation of criminal cases. Among them, the problem of electronic data forensics has become the key point to solve the case, but the electronic data are very different from the traditional data, there are many new problems to be solved. In particular, electronic data forensics not only involve the field of law, but also involve the computer neigh-

borhood, which has great professionalism, which increases the difficulty of electronic data forensics in the course of criminal cases. However, facing the current situation of the surge of network electronic crime, we must solve the practical problems and contradictions caused by electronic data forensics. In view of this, this paper will explore the practical dilemma of electronic data forensics through the definition of relevant concepts of electronic data and the status quo of electronic data forensics, so as to put forward corresponding improvement suggestions and better regulate the existing problems by law.

Keywords

Electronic Data Forensics, Electronic Data Forensics Rules, Questions and Suggestions

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 相关概念界定

1.1. 电子数据

对“电子数据”进行定义，需要简单提及一下“电子证据”。目前，我国并没有对两者进行明确的定义，并且在使用其名称时也没有达成一致，比如我国《刑事诉讼法》使用的就是“电子数据”，但是《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》中使用的名称却是“电子证据”。但其实在实践中，其代表的实质内容并不用作明确的区分。本文将使用“电子数据”这一表述。为了解决“电子数据”的适用问题，许多学者都根据其专有的特性对其概念进行规范，比如赵长江学者认为电子数据是指借助现代信息技术、利用电子设备生成、存储、传输而成的，以电子形态存在的证明案件事实的数据(包括模拟数据与数字数据)，即可以表述为以电子形态存在的数据[1]。王敏远学者则认为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[2]。通过对其他学者对“电子数据”概念界定文献的阅读可以发现即使不同的学者对电子数据的定义有着些微的区别，但都没有很大的分歧，都是基于电子数据本身的专门技术性、易被篡改性以及储存载体的依赖性等特性去解读。

因为“电子数据”定义本身没有很大差异，所以本文采用2016年9月“两高一部”出台的《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》(下称《收集提取电子数据规定》)第一条对电子数据定义，即电子数据是案件发生过程中形成的，以数字化形式存储、处理、传输的，能够证明案件事实的数据。

1.2. 电子数据取证

与“电子数据取证”相关联的概念是“电子数据证据”，要对电子数据取证，则提取的应该是作为证据的电子数据，《收集提取电子数据规定》就规定了以数字化形式记载的证人证言、被害人陈述以及犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解等证据，不属于电子数据。该类电子数据就不能作为电子数据证据使用，具体来说，电子数据证据是指经过法定程序审查判断能够用于证明案件事实的电子化数据信息[3]。相较于电子数据的实体性性质，电子数据还具有程序性性质。而“电子数据取证”可以从狭义和广义两方面进行阐释，狭义的电子数据取证是指侦查机关收集和提取电子数据的行为。广义的电子数据取证则还可以包括前期的搜查、勘验行为以及提取完成之后的检查、侦查实验、恢复数据、分析等措施[4]。从这狭

义和广义的定义看来，广义的定义就是将取证的整个过程都涵盖进了电子数据取证的范围。而在实践中，电子数据取证应该是一整个过程，而不应该仅仅包括字面的收集和提取行为。因此，电子数据取证应该是指侦查机关在整个侦查过程中通过各种合法手段，将与案件有关的各种电子数据进行提取、固定、收集、分析，并最终获得罪犯犯罪证据的行为。

2. 电子数据取证现状

2.1. 电子数据取证的相关规定

2.1.1. 电子数据取证规则

电子取证规则可以概括为电子数据取证方式、电子数据取证技术、电子数据取证原则以及电子数据取证限制四个方面。第一，关于电子数据取证方式。我国目前是以“扣押原始存储介质为主、提取电子数据为辅、打印拍照为补充”的原则进行电子数据取证[5]。根据公安部2019年生效的《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》(下称《电子数据取证规则》)第七条规定了扣押、封存原始存储介质；现场提取电子数据；网络在线提取电子数据；冻结电子数据；调取电子数据五种取证措施，五种措施构成了我国电子数据取证的主要方式。第二，关于电子数据取证技术。电子数据是在大数据时代的趋势中应运而生的，因此，它的取证对技术的要求很高，这也是电子数据取证面对的最大难题，想要提高取证的安全性与有效性，技术手段不可或缺。基于大数据框架下，电子取证数据包括云环境电子数据取证技术、Hadoop电子数据取证技术、可视化远程视频取证技术、层次化电子数据取证技术[6]。第三，关于电子数据取证原则。可以概括为合法性原则、比例原则、专业性原则。即在进行电子数据取证的时候必须严格按照法律规定的程序开展取证工作，相关机关的取证要做到合法合规。并且，侦查机关要对取证时的手段进行取舍，要选择一个既能完成取证工作又不损害他人合法权益的措施。同时要求侦查人员要具有一定的专业素养，增强电子数据取证的专业性，减少因技术不足而对数据造成破坏。第四，关于电子数据取证限制。《电子数据取证规则》第四条规定了电子数据涉及到数据安全问题即国家秘密、警务工作秘密、商业秘密、个人隐私以及与案件无关的情况时，应当及时退还或者销毁。这表明电子数据的取证应当在数据安全领域有一定限制，不得因取证侵犯其他不应该侵犯的利益。

2.1.2. 电子数据取证的法律规定

与电子数据相关的法律规定主要有由公安部于2005年为规范计算机犯罪现场勘验与开展电子证据监察相关工作发布的《计算机犯罪现场勘验与电子证据检查规则》；2009年人民检察院结合检察机关有关电子证据鉴定的实践发布的《人民检察院电子证据鉴定程序规则(试行)》；“两高一部”于2010年为依法惩治网络赌博犯罪活动所实行的《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》，就电子证据的收集于保全进行了规定；“两高三部”于2010年为更好的保证死刑案件办理的公正、准确、慎重而颁布的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》，规定了电子证据主要审查的范围；2012年修订的《刑事诉讼法》首次在立法上将电子数据确立为一种法定证据种类与《关于适用〈刑事诉讼法〉的解释》规定了电子数据的审查认定规则；“两高一部”于2014年为应对网络犯罪新形态、新问题，以便惩治相应的网络犯罪所颁布的《关于办理网络犯罪案件适用法律若干问题的意见》；“两高一部”于2016年出台了《收集提取电子数据规定》，这一规定对证据制度的发展具有重大意义，因为这是我国首次以司法解释对单一刑事证据种类作出了具体的规定；公安部于2019年为提高电子数据取证的质量和效率，办理好相关工作出台了《电子数据取证规则》；2018年修订后的《刑事诉讼法》与2021年《新刑诉法解释》在并没有对电子数据规定有很大的改变。

从以上的规定看来，国家不断重视电子数据在刑事案件中的重要性，而且明显对电子数据的规定更

多采用规范性文件的方式进行规范,虽然有关电子数据的立法解决了以往很多难以解决的问题,但仍然存在进一步完善的空间。

2.2. 司法实践中的电子数据取证现状

虽然国家在近几年不断出台有关电子数据取证的法律规定,意图在立法上对电子数据取证进行规范。但是在司法实践中或多或少存在一定的问题。在司法取证流程上,侦查人员在面对某些高技术犯罪案件时,收集电子数据难免会遇到缺乏专用设备的情况,此时,其处理的手段和技术的运用会影响电子数据本身的完整性进而影响电子数据的证明力。同时,常见的情况还有检查单位不能提供与检查、鉴定有关的详细信息,要求过于笼统、简单[7]。这将增加后续取证的难度,不仅影响取证的质量和效力,也会影响整个案件的进度。在电子证据的保全上,在审判实践中,电子的保全方式是多种多样的,会根据证据的不同而采取不同的保全方式。而电子证据相较传统证据的保全方式,有其独特的保全方式。而在司法实践中,公正保全的证明力会有更高的证据效力,因此,网络公正保全是电子数据保全的一种有效方式。再者,根据《中华人民共和国电子签名法》第十六条规定,电子签名需要第三方认证的,由依法设立的电子认证服务提供者提供认证服务。这说明电子合同需要通过专门的第三方来提供电子认证服务,进而实现电子数据的保全。更需要重视的是电子数据取证标准的不明确导致后续司法实操混乱,根据司法实践需求看来,我国现有的有关电子数据的规范性文件中,有关电子数据取证的规范还需要进行更进一步的细化。当前阶段的法律法规所针对的内容为电子证据取证的方式、主体以及程序等,主要为取证方面的标准和规范,并没有对电子证据的质证和举证进行规定,这样会造成电子证据在审查起诉和审判阶段容易出现瑕疵[8]。虽然有关传统证据的举证和质证规则可以引用到电子数据取证中,但是电子数据的取证标准相比传统证据还是存在差异,对其规定应该更加详细才能保证司法实践的顺利开展。

3. 电子数据取证的困境

3.1. 个人信息安全受到威胁

互联网时代,个人信息的安全一直被人们重视,但是因为个人信息被泄露而导致的权益被损害的案例依旧屡见不鲜。2021年国家出台了《中华人民共和国个人信息保护法》,就个人信息处理规则制定了一系列法律条文,其中,更是首次规定了国家机关在处理个人信息时应当依照法律、行政法规规定的权限和程序进行,不得超出履行法定职责所必需的范围和限度。但是,这个规定是一个笼统的规定,针对刑事案件中侦查人员通过电子数据取证这个较一般取证不同的形式还是给个人信息安全带来了隐患。虽然《收集提取电子数据规定》与《电子数据取证规则》对电子数据取证的规定也已经在电子数据取证立法上有了很大进步,但存在的问题还是不可忽视。比如在对电子数据进行收集提取时,将会有电子数据持有人、网络服务提供者或者有关部门等第三方的介入,如何保证第三方提供数据过程中信息安全问题,数据在对方手中流转,这其中的泄露空间就很难把握;再者,电子数据具有交互式的特征,当侦查人员在刑事案件的办理中采用搜查、扣押等方式时,如何判断所搜查、扣押的电子数据与案件无关或者是否提取到与他人隐私有关的数据;同时,现有法律规定对涉及到个人隐私的电子数据,应当保密。对获取到与案件无关的,应当退还或者销毁。但是并没有对以上行为影响到当事人个人信息安全时如何救济作进一步规定。

3.2. 技术不匹配使取证面临挑战

网络发展是日新月异的,在刑事领域随之而来的就是各种网络犯罪的滋长,这也使得实践对电子数据取证有了需求,但是相比于科技的飞速发展,有关电子数据取证的各种技术无法跟上其发展步伐,并

且有关立法规范也落后于现实需求。比如，电子数据取证要求高度技术性，这不仅是要求取证人员有相应的素质，而且对取证装备也有一定技术上的需求。而我国现目前在侦察主体的规定上不是很完善，这就导致想要将侦察与技术相结合会存在一定风险。再者，主流的云取证技术标准不够规范使得云计算平台下被篡改和删除的电子数据难以恢复[9]。因此，想获取完整的且真实的数据很困难，这明显会提高取证的难度和电子数据的证明力。特别注意的是反取证方式的挑战，在相关机关电子取证技术在进步的同时，犯罪分子也不断的掌握反取证技术以此干扰侦查人员对电子数据的取证，这就对取证技术的更新提出了更大的要求。但技术的进步需要时间，也需要检测，这并不是一朝一夕的追求，因此，技术的不匹配将使得电子取证的效率跟不上司法实践，也难以惩治拥有更专业网络犯罪技术的罪犯。

3.3. 取证审批程序规定宽松

程序的混乱必然导致结果的混乱，电子数据取证的审批程序关系到程序正义与实体正义。但是根据我国目前有关电子取证的法律规定看，进行电子数据取证的审批手续过于随意且宽松。例如，《电子数据取证规则》第三十七至三十九条规定了冻结电子数据的审批程序；四十一条规定了调取电子证据的审批手续，至于网络在线提取、扣押封存存储介质等则没有作出有关审批程序的相关规定。虽然说调查犯罪案件时间急迫，但是电子数据所涉及到的范围是极大的，程序不规范后续审查如何得到保障。再者，根据有关冻结以及调取需要进行审批手续的规定看，其审批机关包括“县级以上公安机关、办案部门负责人”，明显该审批机关属于内部审批，这种“自批自侦”的审批程序很大概率使得审批只是一种表面规定，它无法起到需要经过审批，才能进行电子数据取证的监督作用。这种审批成为“程序性”规定将可能不断扩大取证的范围导致非法取证等行为，一系列操作不仅可能使得整个取证被归于不合法而排斥电子证据的证明力，还很可能损害到第三人的权益。因此，不仅需要改变当下的审批模式，而且还要加强严格审批的力度。

4. 电子数据取证的完善路径

4.1. 加强个人信息安全保障

个人信息安全遭受威胁，首当其中的是个人隐私被侵犯。因为在这个网络信息时代，数据包含着大量个人信息，比如聊天信息、电子交易信息等。因此，个人信息安全关乎着个人隐私问题。而现目前电子数据取证又无法完全保障数据信息的安全，这就必然要求在进行电子数据取证的同时也要解决该问题。最重要的一点是完善非法电子数据排除规则，非法证据排除规则是实现了对侦查机关违法取证程序性制裁的重要措施，通过事后的程序性制裁不仅可以惩罚侦查机关的违法取证行为，也可以有效威慑潜在的违法取证，从而实现对基本权利的救济和保护[10]。需要注意的是，这其中对于直接将非法搜查、扣押而获取的电子数据应该直接作为非法电子数据进行处理，同时，对于采取任意性侦察行为所获取的电子数据也应认定为非法电子数据。而对于瑕疵电子数据，即因为电子数据违反完整性、真实性以及相应的技术规范而成为瑕疵证据的，并不必然是非法电子证据。并且，在侦察机关进行电子数据取证时可以根据不同类型的电子数据采取不同的措施，对于那些与个人隐私联系更密切的电子数据，当采取更加谨慎的手段，必要情况下可通知信息当事人。虽在某种情况下为保护更大法益，不得已会侵害他人一定隐私，但这种侵害应该要让当事人知晓，并允许当事人进行一定的权利救济。

4.2. 完善电子数据的取证技术

根据电子数据取证的特点，技术是关键，其技术的完善将必然提高提取的效率与效果，在基于传统证据取证规定的基础上，自有专门的提升取证技术的手段。首先是发挥区块链技术在电子数据信息安全

管理中的作用,在利用好区块链技术不能篡改、去中心化、不可逆以及匿名性的基础上去更好的促进电子数据信息的“单套制”归档、提升电子数据信息的真实性、保证电子数据信息的可靠性的功能[11]。区块链技术在2018年就已经在《关于互联网法院审理案件若干问题的规定》中提及,该规定首次以司法解释来确立其在互联网案件中的举证效力,因此,该技术在电子数据取证方面作用应该被重视,也要不断的更新、完善好该技术。特别是其在保证电子信息真实性上的功能,这直接针对目前取证中电子数据难以保障真实性的弊端。其次是更新电子数据取证的技术装备,相比于传统的证据取证而言,电子数据取证更加依赖高技术性的专业设备,这是保证最终提取出来的数据相应证明力的一个重要环节。在2021年,中南财经政法大学电子数据取证联合实验室正式揭牌,该实验室可以将犯罪分子删除的记录予以恢复,甚至可以辨别录音、录像是不是经过了剪辑、编改。该校实验室配置了国内外先进的电子数据取证分析、检验专业设备,针对软件逆向、数据恢复、视频重组、物联网设备取证、云取证等方向配备了专门的技术团队,可对涉及计算机、手机、服务器、存储设备等不同类型的案件进行取证分析[12]。电子数据取证联合实验室的建立是电子数据取证非常重要的一种措施。

4.3. 构建更加完善的取证程序

电子数据取证程序的规范性将对最终获取的电子数据的效果产生很大的影响,取证程序的完善也将会是取证结果的完善,因此,十分有必要对整个取证程序进行规范。首先是针对取证的主体而言,基于电子数据本身极强的专业性而言,取证主体的技术能力将直接关系最终电子数据的完整性与真实性。因此,需要就电子取证主体做一些规定。包括建设一支具有专业性能力的侦察队伍,保证其具有独立取证的专业资质。并且就目前我国《电子数据取证规则》中的取证可以辅以专业人士规定这种委托取证方式而言,要注重在委托时对此类人员的职责划分,以保证取证主体行为的合法性。特别要注意的是委托出去的内容应当经过反复考虑,终归是要保证委托只是一种辅助作用的观念。其次是有关电子取证的监管问题,监管是取证的一个重要环节,并且这种监管必须是落到实处的监管,即可以由中立的监督机关分别从事前预防、事中控制、事后追责三方面入手[13]。这种监管是对整个取证程序的监管,包括对取证前审批手续合法性的监管,经审批的将确保取证不是无意义的资源浪费;取证过程中加强对被监管主体行为的监督,保证取证时相关人员实操手段的规范性;取证后监管主体应当对不当取证行为进行惩处,提高侦查人员取证的警惕性,要不断增强取证事后追责的力度,尽可能减少违法取证的可能性。

5. 结语

科技的发展给人们带来网络便捷的同时也成为了不法分子犯罪的工具,滋生了大量的刑事网络犯罪,这给侦察机关侦察犯罪证据以惩治犯罪分子带来了很大的挑战。而电子数据取证正好成了这其中的关键要素,其在侦破网络犯罪中发挥着越来越不可忽视的作用。因此,司法实践对电子数据取证提出了更多要求,为了维护司法的公平正义、保障人民的权益,不仅要在立法上对电子数据取证进行规范,使侦查人员在实操中有法可依,而且还要时刻关注网络发展新动态,使得侦察手段与时俱进,不断满足日益变化的大数据时代。使司法的视野遍布每一个可能发生犯罪的角落,精准打击侵害人民生命财产的所有网络犯罪。

参考文献

- [1] 赵长江,李翠.“电子数据”概念之重述[J].重庆邮电大学学报(社会科学版),2015,27(6):60-67.
- [2] 王敏远,祁建建.电子数据的收集、固定和运用的程序规范问题研究[J].法律适用,2014(3):27-35.
- [3] 庄乾龙,朱腾飞.大数据时代刑事电子数据证据概念辨析[J].河南司法警官职业学院学报,2019,17(4):75-81.
- [4] 肖宏.刑事案件电子数据取证程序的法律规制[J].克拉玛依学刊,2023,13(1):114-119.

-
- [5] 田虹, 翟晓飞, 王艺筱. 《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》的理解与适用[J]. 派出所工作, 2019(3): 8-11.
- [6] 李海阳. 基于大数据架构的电子数据取证技术研究[J]. 信息记录材料, 2022, 23(7): 186-188.
- [7] 刘鹏里. 大数据背景下电子数据取证规范化研究[J]. 网络安全技术与应用, 2023(7): 145-146.
- [8] 李海阳, 王广峰, 王国俊. 刑事侦查中电子数据取证的问题及规范建议[J]. 网络安全技术与应用, 2023(2): 136-137.
- [9] 李伶俐. 新媒体时代网络犯罪下的云取证技术研究[J]. 智能计算机与应用, 2021, 11(3): 121-123.
- [10] 谢登科. 论电子数据收集中的权利保障[J]. 兰州学刊, 2020(12): 33-45.
- [11] 卫杰, 韩洪慧, 王易冰. 讨论区块链技术在电子数据信息安全管理中的应用[J]. 数字技术与应用, 2023, 41(5): 236-239.
- [12] 明海英. 电子数据取证技术助力法庭科学新发展[N]. 中国社会科学报, 2021-12-03(002).
- [13] 顾诗芸. 电子数据取证与个人信息权的冲突与消解[J]. 铁道警察学院学报, 2022, 32(1): 104-111.