

帮信罪电子数据取证问题研究

邱浩天

宁夏大学法学院, 宁夏 银川

收稿日期: 2023年8月13日; 录用日期: 2023年9月6日; 发布日期: 2023年9月19日

摘要

帮信罪作为我国电信网络诈骗犯罪链条上的第一罪, 其电子数据取证过程在技术性和合法性两方面所存在的问题具有代表性。当前, 帮信罪电子数据取证存在取证措施性质不明、涉案电子数据海量化、电子数据呈现形式纸质化、证据种类归属不明的现象, 导致电子数据真实性和合法性难以质证、取证困难等问题。基于此, 应当在现有取证规则的基础上, 明确电子数据取证措施的性质、证据种类的区别关键、规范取证方法以及进一步探索区块链技术在刑事司法领域的应用, 以解决实践难题。

关键词

帮信罪, 电子数据, 技术侦查, 取证措施

The Study of Electronic Data Forensics Issues in the Crime of Assisting in the Commission of Fraudulent Activities through Electronic Means

Haotian Qiu

Law School, Ningxia University, Yinchuan Ningxia

Received: Aug. 13th, 2023; accepted: Sep. 6th, 2023; published: Sep. 19th, 2023

Abstract

As the primary offense in the chain of telecommunications and internet fraud crimes in China, the crime of assisting in the commission of fraudulent activities through electronic means represents significant challenges in both the technical and legal aspects of electronic data forensics. Currently,

there are issues regarding the unclear nature of forensic measures, the massive volume of electronic data involved, the paper-based presentation of electronic data, and the ambiguity in attributing evidence types, making it difficult to establish the authenticity and legality of electronic data and to gather evidence effectively. Based on these challenges, it is necessary to clarify the nature of electronic data forensic measures, differentiate evidence types, regulate forensic methods, and further explore the application of blockchain technology in the field of criminal justice to address these practical issues.

Keywords

Crime of Assisting in the Commission of Fraudulent Activities through Electronic Means, Electronic Data, Technical Investigation, Forensic Measures

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. 问题的提出

随着信息技术的发展，信息共享更为频繁、便捷和广泛。正因网络的便捷性、隐蔽性被不法分子利用，公民个人信息易于获取，远程操控即可完成犯罪行为，降低了犯罪的成本。诈骗罪、盗窃罪等传统犯罪被带入网络空间，导致近几年网络犯罪高发。

帮助信息网络犯罪活动罪(下文简称“帮信罪”)是《刑法修正案(九)》增设的一个罪名，主要指行为入明知他人利用信息网络实施犯罪，而为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通信传输等技术支持，或者提供广告推广、支付结算等违法帮助行为。帮信罪具有明显的涉众化特征，主要证据类型为电子数据且证据体量巨大。2021年全年“帮信罪”起诉人数已居于所有刑事犯罪案件的第三位，成为整个电信网络诈骗犯罪链条上的第一大罪名，几乎涉及了电信网络诈骗犯罪案件中信息获取、技术支持、场所提供、推广引流、支付结算等各个环节[1]。

与传统证据相比，帮信罪的核心证据电子数据具有虚拟性、科技性、脆弱性、海量性、依赖性等特点[2]，电子数据的取证需要借助专门的提取技术，衍生出了与传统实物证据不同的取证模式[3]，所获取信息的复杂性也必然引发个人信息保护与打击犯罪的衡平问题。因此，需要对电子数据取证过程进行程序性约束，但电子数据的检查、提取并未设计独立审批手续。证据立法与司法也应当根据电子数据的特点进行相应的调整。

2. 电子数据取证规则梳理

2012年刑法将电子数据列为新的证据种类，随后针对电子数据的取证出台的规范性文件中，较为重要的是2016年最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合下发《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》(下文简称《电子数据规定》)和2019年公安部针对侦查机关的电子数据取证颁布了《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》(以下简称为《电子数据取证规则》)。

关于取证措施，《电子数据规定》第9条说明电子数据在线提取是最宽泛的概念，其次是远程勘验，再次是网络技术侦查。根据《公安电子数据规则》第9条，刑法搜查、查封、扣押的程序规定在其设计的电子数据取证措施中——除了网络技术侦查设计了严格批准程序——并未实现全面有效衔接。《公安电子数据规则》对电子数据的取证效率、证据固定更为强调，也增加了部分权利保障规则。明确了电

子数据取证措施：扣押、封存原始存储介质、现场提取、网络在线提取、冻结、调取、检查及侦查实验。设置了更详细的执行要求，比如第 23 条，明确了电子数据网络在线提取的适用对象，出于对他国数据安全的尊重，将其限缩在公开发布的电子数据，但这一规定也导致了境内境外电子数据取证的差异；第 39 条对电子数据冻结期限作出明确规定。《公安电子数据规则》27 条沿袭了电子数据在线提取是远程勘验的上位概念，但 33 条第二款似乎将网络技术侦查作为了前两者共同的技术手段[4]。第 33 条第一款规定在进行网络在线提取或远程勘验时，需要经过电子数据持有人的同意获取访问权限。起草人的对外解读中，将远程勘验和网络在线提取与传统现场勘验和痕迹物品提取相类比，认为远程勘验笔录除了反映电子数据本身，还会收集其他相关信息，可以单独作为证据适用，但网络在线提取笔录不具备独立性，必须依附于电子数据存在[5]。权利保障部分体现在第 4、52、58 条中，均强调司法机关的保密义务，无关数据及时销毁，明确禁止泄露公民信息的行为，保障电子数据原始载体权利人的知情权。

电子数据的排除上，《电子数据规定》第 27 条沿用了与审查传统实物证据相同的思路，有程序瑕疵但无法补正的电子数据不得作为定案依据。《电子数据规定》第 28 条对电子数据的排除规则规定了影响电子数据真实性的排除情形。2020 年公安部颁布的《公安机关办理刑事案件程序规定》主要是从非法证据排除的角度，宏观上对电子数据合法性审查问题进行明确。由于不同的电子数据取证措施程序设置不同，所以在合法性审查上，侦查阶段取证措施的选择会直接影响电子数据合法性和真实性的认定。

3. 帮信罪中电子数据取证的司法现状

证据法学内部发展已经出现分化趋势，不同部门法对应证据法的差异日趋显著，在刑事证据法内部，针对不同类型的犯罪仍具有进一步分化的可能[6]。除了非法证据排除问题，刑事证据法学也应当关注证据的收集问题。不同罪名下的证据分布存在差异性，同一罪名下的证据分布也具备一定的规律性，网络信息技术的发展和大数据环境、社会对信息网络认知能力的提升以及电子数据证据种类的出现，都决定了电子数据在网络犯罪中的核心证据地位。

网络犯罪行为可以分为以网络为犯罪对象和以信息网络为手段的犯罪两种类型，都会留下大量的电子痕迹[7]。帮信罪的犯罪行为作为链接各种类型网络犯罪的中间环节也是案件数量最多的网络犯罪。电子数据是其判决的重要支撑证据种类，同时其所体现出的电子数据取证问题也较为全面。裁判文书关于证据的记载情况是证据分布、运用过程的映射，本文选取中国裁判文书网作数据库，时间截至 2023 年 8 月 26 日，案由选择“帮助信息网络犯罪活动罪”、法院层级选择“中级法院”、审判程序选择“刑事一审”、键入全文检索词“电子数据”为条件，共检索到 18 篇裁判文书，以此为样本进行分析。

3.1. 电子数据的取证措施性质模糊

侦查措施指为了收集或保全犯罪证据、查获犯罪嫌疑人而对相对人采取的方法和手段，一般分为强制性侦查措施和任意性侦查措施。任意性侦查措施一般会在征得权利人同意的情况下进行，强制性侦查措施则会采取强制性方法，例如搜查、扣押、冻结等等。若强制性侦查措施不加规范，极有可能侵犯公民个人的财产权、隐私权、人身权等合法权益，所以各国法律都强调控制强制性侦查措施的力度并进行有效监督[8]。

在 17 份裁判文书中，明确列举了“电子数据提取”、“电子数据检查”以及“调取电子数据”三种取证措施，但并未涉及对电子数据原始载体是否进行了扣押的说明。以电子数据取证过程中程序性证据的表述形式无法判断出其所对应的取证措施，更无法明确其任意性或强制性的性质。电子数据取证措施的程序规定也较为宽缓，样本中涉及电子数据提取笔录、电子数据检查(工作)记录、调取证据通知书等证明电子数据合法性的证据表述并不统一，尚有 12 份裁判文书省略了程序性证据的列举。电子数据检查(工

作)记录出现的频率最高,说明在帮信罪案件中,对电子数据的勘验、检查几乎是必经程序。现实的勘验、检查中,刑诉法要求就其情况应当写成笔录,但所选取的样本中并未出现对电子数据检查过程写成的笔录,仅以记录形式作为证据合法性的依据。随着技术的发展,笔录类证据已经突破之前的单纯记录行为,同步录音录像、检查前后的照片等也作为笔录的一部分保证其可信性。

另有学者指出,司法实践中,由于公安机关坚持一并提取为主、单独提取为辅的原则,绝大部分的在线提取、远程勘验及网络技术侦查,是未经相关权利人同意,未取得他们的配合而秘密进行的,均是对公民、企业等各主体权益的严重干预。但从另一方面考虑,负责现场勘验的侦查人员不一定具备确定需要提取的证据范围的能力,提取原始载体有助于后续诉讼的开展。

3.2. 涉案电子数据海量化

全部样本均未载明涉案的电子数据量,但从涉案金额、非法推广诈骗 APP 的点击次数等案件事实来看,部分帮信罪的涉案数据量过万次。在“林某妮、李某等帮助信息网络犯罪活动罪”一案中,仅林某妮、李某两人为十余款诈骗 APP 提供的网络推广服务就产生了上百万次点击次数。司法工作人员明显采取了逐一取证的取证方法,以保证涉案数据数量精确。

帮信罪所涉及的被害人数量往往较大,电子数据的数量往往也和犯罪团伙人数成正相关。由于公安机关和检察机关技术能力存在一定差距,即使海量电子数据的侦查取证有了较为丰富的经验和手段,但检察机关对海量证据的审查仍然存在困难,会造成对司法资源的过度占用。

3.3. 电子数据呈现形式纸质化

对电子数据的呈现形式主要有光盘、优盘和照片截图打印、鉴定意见书等书面形式。样本中明确出现纸质电子数据呈现方式的裁判文书共 9 份,其他未说明但将各平台交易记录与电子数据并列提出的,可以推出其展示形式也为纸质文件。选择纸质文件展示电子数据一定程度上解决了大件原始载体不易携带的问题,使电子数据的展示过程简单化,提高质证效率。但根据最佳证据规则,原始电子数据证明力比纸质化电子数据更强,而且部分电子数据取证措施缺乏完备的证据证明该过程的合法性、真实性。纸质化的电子数据如果缺少对应的提取过程笔录,将无法确定检方提供的电子数据的完整性,辩方也就无法就电子数据提出异议。也有学者提到,部分电子数据经过加密设置无法进行截图、打印操作,过度依赖纸质文件的展示形式,也会造成这一部分电子证据在法庭质证过程的缺席。

3.4. 证据种类归属不明

17 份裁判文书中,有 5 份在列举定案证据时,将支付宝、银行卡交易流水和微信聊天记录截图列为书证,有 2 份虽未明确指出银行卡交易流水属于何种法定证据,但与电子数据并列提出,显然未将其列入电子数据类证据范畴之内。仅有 3 份裁判文书说明电子数据证据的具体内容——监控视频光盘和微信聊天记录。

4. 电子数据取证之完善建议

4.1. 立法上应明确网络在线提取为侦查技术

现实的搜查、勘验、检查与网络虚拟世界的电子数据检查、在线提取性质并不完全相同。传统的取证措施直接针对被告人的财产、人身进行,原则上需要先审批后执行。但电子数据的检查、勘验、在线提取等措施起码不会形成对被告人身的强制,关于虚拟人格是否独立构成权利内容的讨论,在我国也并未形成较为一致的观点。

如前所述，刑诉法搜查、查封、扣押的程序规定在《公安电子数据规则》的电子数据取证措施中——除了网络技术侦查设计了严格批准程序——并未实现全面有效衔接。从《电子数据取证规则》的章节体系来看，第二章规定“电子数据收集提取”时，将在线提取与查封、扣押和冻结并列。而后者都是法定的侦查措施，但电子数据在线提取并未取得刑诉法的法定侦查措施地位。“网络在线提取电子数据”一节中，远程勘验似乎成为了网络在线提取的下位概念，这也意味将网络远程勘验作为网络在线提取的技术手段。但电子数据提取不属于法定的侦查措施，而勘验是法定的侦查措施，如果将电子数据的提取与痕迹类证据的提取相类比，电子数据在线提取的性质，更倾向于技术手段，则二者的上下位关系在立法上并不合适，但电子数据的远程勘验实质上也不具备严格的批准手续。《电子数据取证规则》第37条中将电子数据冻结定位为强制性侦查措施，明确需要事前审批，以实现对被调查人程序性保护和防止侦查人员权力滥用。但电子数据在线提取没有相应的审批程序，如果将其定位为独立的侦查措施，可能会导致权力滥用问题。

侦查法定原则要求侦查行为类型法定化[9]，这对人权保障具备重要意义。搜查、扣押原始存储介质关系到介质使用者的财产权，原始存储介质中一般都包含大量私人信息，进一步在其中提取电子数据就关系到使用者的个人信息权。由于司法实践中，绝大部分的在线提取、远程勘验及网络技术侦查未经相关权利人同意秘密进行，而且存在以网络在线提取替代远程勘验规避程序性规制的现象，应当将网络在线提取认定为技术侦查的一种技术手段、实现方式[10]，原因如下：其一，我国刑诉法仅对侦查措施进行规制，原则上不对具体的侦查技术手段做出规定，网络在线提取是通过部门规章和司法解释进行调整和规范的；其二，侦查措施的具体类型相对固定，运行程序也较为严格，具有一定的封闭性，而网络在线提取可以在初查阶段适用，也无需批准，具有一定的开放性、任意性[11]。但网络在线提取会对个人重大权益进行干预，在现有立法未能明确提供有效程序性制约的情况下，更适合将网络在线提取放在网络技术侦查的框架下运行。

4.2. 司法上需明确区别电子数据与书证

不同证据种类对应不同的证据审查方式，司法实践中帮信罪所涉及的聊天软件记录截屏、交易流水打印件属于电子数据。学理上普遍认为书证是以文字、符号、图形等方式记载的内容来证明案件事实的文件或者其他物品[12]。《电子数据规定》也明确指出：“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……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。”书证、电子数据都是随着犯罪阶段的发展而形成的，而各种人证笔录——以证人证言为例——是在刑事诉讼过程中形成的，不论纸质化、数字化形式记载，仍属于证人证言。证据种类的判断需要以原始证据自身性质、产生的时间、依赖的载体等多方面因素综合进行，而非单纯依靠证据的表现形式确定。微信聊天记录截图、支付平台的交易流水记录等原本是以数字化形式储存、传输的，纸质文本仅是其表现形式，形成于诉讼过程中，案发过程后。所以，以纸质文本形式记载的微信聊天记录、银行卡交易流水不应属于书证，应属于电子数据。司法实践中应注意区分书证与电子数据，在法律文书中应当明确微信聊天记录截图、支付平台交易流水打印件等都属于电子数据，如不明确各证据所属证据种类，也不应将微信聊天记录截图、支付平台交易流水打印件和电子数据并列提出。

4.3. 丰富海量证据取证方法

有学者指出，要构成海量证据需要案件证据数量超过办案机关处理能力上限。应与数据体量大但仍处于处理能力范围内的证据相区分[13]。对于前者主要依赖技术的发展以克服传统数据库处理能力不足的问题，本文讨论的海量证据属于后者。目前司法实务中，海量电子数据的取证技术已经相对成熟，大部

分电子数据的提取困难在于传统取证方法效率不高。虽然原则上要求电子数据的准确性、完整度,但我们也应该容许一些不精确的存在[14]。以鉴定意见为例,即使是鉴定人运用科学技术或者专门知识,对诉讼中所涉及的专门性问题通过分析、判断所形成的结果,准确率都不可能达到百分之百,但只要具备较高准确率,即可认为鉴定意见对客观事实的反映具备准确性,同样不能苛求司法机关对海量电子数据的处理程度达到百分之百。

2022年颁布的《关于办理信息网络案件适用刑事诉讼程序若干问题的意见》中,第22条规定了抽样取证法,虽然该方法无法在海量证据中抽取高价值证据,但是为立法者根据司法困境做出的合理改变,在被害人众多的案件中具备一定应用价值。如果根据价值量不同,在对海量电子数据进行分类的基础上,抽样取证的方法也可以发挥一定的提高效率、简化流程的作用。底线证明方法的适用已经具备法律依据,2021年颁布的《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》通过设定帮信罪的犯罪对象数量标准的方式,减轻海量数据对司法机关造成的取证压力。该方法仅需要在海量电子数据中收集够达到入罪、加重处罚标准证据数量即可。这种取证方法没有降低刑事犯罪的证明标准,而且无需获取全部电子数据,达到法定标准数量即可停止对剩余证据的提取、审查,可实现效率与正义的平衡。

4.4. 区块链技术存证

电子数据纸质化主要是为了方便证据展示,但出于降低电子数据真实性审查难度的考量,对电子数据应当尽量进行直接展示,《电子数据规定》第18条也对此作出了直接规定。

绍兴市上虞区人民法院在2019年审理一起诈骗案,庭审中成功应用区块链技术进行了电子数据存证,这也是我国首例以区块链技术进行存证的刑事案件。利用区块链加密技术进行电子数据的存证,降低了人为介入的干扰,能够实现网页信息的自动抓取,不进行信息变动,电子数据的固定和检验都是线上进行的,证据被固定在链上,无需脱离原始存储介质[15]。区块链技术的上述特点保证了电子数据的完整性、真实性以及取证存证过程的高效率性。但由于立法上尚未对区块链技术进行规制,区块链技术团队的中立性、存证标准等是否影响电子数据的法律效力等问题,还需要由法院进行认定。

参考文献

- [1] 最高人民检察院“帮信罪”为何成为电信网络诈骗犯罪链条上的第一大罪名? [EB/OL]. <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1730070433400615894&wfr=spider&for=pc>, 2022-04-14.
- [2] 赵航. 电子数据合法性审查规则的反思与完善[J]. 大连理工大学学报(社会科学版), 2022, 43(1): 87-94.
- [3] 谢登科. 电子数据网络在线提取规则反思与重构[J]. 东方法学, 2020(3): 89-100.
- [4] 朱桐辉, 王玉晴. 电子数据取证的正当程序规制——《公安电子数据取证规则》评析[J]. 苏州大学学报(法学版), 2020, 7(1): 126-137.
- [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] 冯俊伟. 刑事证据分布理论及其运用[J]. 法学研究, 2019, 41(4): 174-190.
- [7] 赖玉中, 王耀耀. 帮信罪电子取证现状、困境及其对策——基于94份裁判文书的实证分析[J]. 山东警察学院学报, 2022, 34(2): 62-73.
- [8] 孙长永. 强制侦查的法律控制与司法审查[J]. 现代法学, 2005, 27(5): 72-81.
- [9] 林钰雄. 刑事诉讼法(下册) [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2005.
- [10] 韩德明. 穿行于规则和规范之间——侦查技术理论引论[J]. 北京人民警察学院学报, 2005(3): 36-40.
- [11] 龙宗智. 强制侦查司法审查制度的完善[J]. 中国法学, 2011(6): 43-50.
- [12] 郭天武主编. 刑事证据法学原理: 原理·案例·实验[M]. 北京: 中国法制出版社, 2014.
- [13] 王勇, 马秦越. 海量证据审查机制的制度构建——以电信网络诈骗犯罪为视角[J]. 山东警察学院学报, 2022,

34(1): 75-85.

[14] 刘品新. 论大数据证据[J]. 环球法律评论, 2019(1): 22-30.

[15] 沈红卫, 刘璐. 区块链刑事诉讼电子数据存证: 法理基础、实践及前瞻[J]. 时代法学, 2022, 20(4): 32-39.