重庆大学学报(社会科学版)　　2024 年第 30 卷第 6 期
JOURNAL OF CHONGQING UNIVERSITY(Social Science Edition) Vol. 30 No. 6 2024

Doi:10. 11835/j. issn. 1008-5831. fx. 2022. 09. 001

欢迎按以下格式引用:吴桐. 论电子数据搜查、扣押的取证范围限定[J]. 重庆大学学报(社会科学版),2024(6):250-262. Doi:10. 11835/j. issn. 1008-5831. fx. 2022. 09. 001.

Citation Format: WU Tong. Analysis of restrictions on electronic data search and seizure[J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition),2024(6):250-262. Doi:10. 11835/j. issn. 1008-5831. fx. 2022. 09. 001.

论电子数据搜查、扣押的取证范围限定

吴　桐

(中央民族大学 法学院,北京　100081)

摘要:电子数据的出现改变了传统搜查、扣押的适用逻辑,先搜查后扣押的行为顺序已经无法有效应对电子数据的取证活动。为了保障电子数据的真实性和完整性,当前我国相关电子数据取证规范均规定“能够扣押电子数据原始储存介质的,原则上应对其进行扣押”。在司法实践中,侦查人员往往将其理解为“能够扣押储存介质的,原则上应扣押电子数据的储存介质”。这就导致原本是针对电子数据完整性和真实性的规范要求反成为了授权侦查人员实施“概括性扣押”的依据。先概括性扣押再全面搜查成为电子数据取证的实践常态。虽然概括性取证能够有效应对电子数据对侦查实践提出的诸多挑战,但不受任意搜查、扣押是公民在刑事诉讼中享有的基本权利。概括性取证的出现难免会引发电子数据取证方式与搜查、扣押对象特定性要求之间的矛盾冲突。在比较法上,日本和美国刑事诉讼根据其对搜查、扣押概念的不同理解,形成了限制概括性扣押和限制概括性搜查这两种改革方案。前者坚持物理标准对电子数据取证的限制作用,主张应限制侦查人员在物理空间内的扣押行为。这样既可以保障数据持有人的财产权,也维持了搜查、扣押应是公开侦查措施的基本定位。后者重视事前令状审查对侦查措施的授权和规制功能。只要侦查行为符合搜查、扣押的标准,就可以通过中立法官签发搜查、扣押令状来赋予其正当性,与其行为针对的是有体物还是无体物并无直接关系。限制概括性搜查既能够保障数据持有人的隐私权不受过度侵犯,也可以通过排除非法证据的制裁后果来威慑违法侦查行为。如何限定电子数据搜查、扣押的范围是我国侦查程序法治化进程中必须面对的难题。在规范层面上,目前电子数据取证的程序规则尚未得到应有的重视。对此,我国当前需明确电子数据搜查、扣押与传统搜查、扣押的关系,构建以限制概括性扣押为重点的电子数据取证程序。具体应区分载体相关性和电子数据相关性,明确电子数据调取中侦查对象的协助义务,重点保障数据持有人的在场权或事后知情权。

关键词:电子数据;概括性扣押;搜查;个人信息保护;知情同意

中图分类号:D915. 3　　**文献标志码:**A　　**文章编号:**1008-5831(2024)06-0250-13

基金项目:2020 年司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目“刑事立法行刑竞合下的行刑反转”(20SFB4036)

作者简介:吴桐,中央民族大学法学院讲师,硕士研究生导师,法学博士,Email:wutonglaw928@ 163. com。

一、问题缘起

在大数据时代,数据信息已经逐渐成为人们日常交流的必要载体和社会生活的表现形式。数据技术的发展在赋予人们更多自由的同时,权力与权利的非对称关系也容易导致“数字鸿沟”和“数字弱势群体”的出现。面对现代科学技术,公民所享利益不均衡是一种常态[1]。在刑事司法活动中,以“数据”换“安全”的惯性思维背后潜藏着公安司法机关过度干预公民基本权利的现实风险。可以说,数据服务的便利性和技术侵权的风险性是科技发展的一体两面,电子数据取证便是其中的典型代表。在世界范围内,不同国家实现侦查程序法治化的方式虽然存在些许差异,但将科学技术与侦查工作相结合的发展趋势并无实质不同。随着信息技术与刑事司法的深度融合,我国侦查活动逐渐有从物理空间向数据空间发展的趋势。实践也表明,实体侦查与数字化侦查相辅相成的新格局是当代侦查演变的必由之路[2]。对搜查、扣押而言,电子数据的出现改变了过往的侦查逻辑。电子数据存储介质通常具有实物形态,并未突破传统搜查扣押制度,而将数据直接作为搜查对象则是对传统搜查制度的重大突破[3]。在传统侦查活动中,搜查和扣押虽是两个独立的侦查措施,但通常遵循“一步式取证”,即侦查机关通过搜查,然后扣押需要收集之物[3]。在电子数据取证中,搜查和扣押则呈现出“两步式取证”的实践逻辑。前一阶段的搜查、扣押是以发现或占有电子数据储存介质为目的,后一阶段是在储存介质内发现与案件有关的电子数据。电子数据具有难以直接感知性、海量性、形态易变性等特点,侦查机关实施搜查应当对与犯罪有关的哪些事项进行证明?应当证明到何种程度?法律和司法解释都没有作出规定[4]。因此,在我国侦查实践中,除极少数情况外,侦查机关对第一阶段搜查发现的储存介质一般以概括性扣押为原则,第二阶段的搜查通常采取的是概括性搜查。然而,任何随意的、不合理的搜查与扣押,均属于宪法禁止的行为[5]。侦查权本身的扩张性质可能侵犯公民的隐私权和个人信息安全[6]。由此引发了电子数据的概括性取证方式与搜查、扣押对象特定性要求之间的矛盾冲突。

之所以会产生上述问题,一方面是由于电子数据的特殊性使依托于物理空间和因果关系建立起的相关性判断存在技术困难;另一方面也反映出我国刑事诉讼及相关法律规定和理论研究对数据权利保障问题的重视程度不足。当前,刑诉学界针对电子数据取证的研究主要围绕以下三个主题进行:第一是电子数据的真实性。虽然电子数据真实性要求立法机关制定完备的电子数据取证规则,但真实性的关注重点是单一电子数据的客观性,与之配套的鉴真规则是技术操作规范而不是权利保障规范[7]。因此,电子数据的真实性不仅无法起到限制侦查取证范围的作用,反而会促使侦查人员进一步强化概括性扣押的实践运用。为了保障电子数据的完整性,我国立法和司法实践基本上形成了“以扣押原始储存介质为原则,以提取电子数据为例外,以打印、拍照、录像等方式固定为补充”的规则[8]。第二是电子数据的关联性。有学者认为,相较于真实性而言,电子证据运用于法庭攻防和司法裁判中的特色,其实质在于关联性[9]。然而,电子数据的证据关联性更多关注的是电子数据作为证据的采纳与采信,主要发挥着辅助判断电子数据真实性,提炼法庭证据争点的功能,并不能直接界定侦查阶段电子数据的取证范围。第三是电子数据取证的程序规则。该主题研究主要探讨对电子数据实施搜查、扣押应当遵循哪些原则和制度[4]。问题在于,电子数据取证分为两个阶段,即在物理空间内针对储存介质的搜查、扣押和在数据空间内针对电子数据的收集、提取。究竟应当在第一阶段就限制对储存介质的概括性扣押还是在第二阶段限制对电子数据的概括性搜

查,或者是两阶段均进行严格控制,既有研究并没有将两者进行明确区分。

那么,相较于传统侦查而言,针对电子数据的概括性搜查、扣押是否具有实践必要性以及存在何种现实风险?域外国家的刑事司法采取何种方式来合理限制电子数据的取证范围?概括性扣押与概括性搜查中的相关性要件指向的对象及程度是否存在本质区别?我国应当如何构建合理限制电子数据取证范围的程序适用体系?本文试图对上述问题进行考察分析。

二、电子数据取证中概括性搜查、扣押的必要性及风险

在电子数据取证中,概括性取证的优势在于能够更为全面地收集证据,提高侦查效率从而发挥打击犯罪的积极作用。随之而来的风险是,此种无明确对象的取证方式不免会有过度强化侦查效率,降低搜查、扣押适用门槛的可能性。探讨概括性搜查、扣押在电子数据取证中的必要性及风险,可以明确电子数据作为新型证据种类对搜查、扣押范围提出的特殊要求。

(一)电子数据特征对侦查对象特定性要求的挑战

相较于传统的物证、书证而言,电子数据在信息承载量、表现形式以及形成方式上均具有独特性,这些个体特征以及由个体特征组成的整体特征是促使概括性取证成为侦查实践常态的重要原因。

首先,电子数据蕴含的信息分为内容信息和系统信息,两者均具有难以直接感知性和海量性。电子数据是以虚拟数字空间为信息依附,以物理存储介质为现实设备支撑而存在的[10]。在侦查取证过程中,电子数据的难以直接感知性使侦查人员在物理空间的搜查仅能发现可能与案件事实相关的储存介质,无法直接判断其中储存的电子数据是否也与案件有关,而电子数据储存内容的海量性又使侦查人员难以在犯罪现场逐一搜查储存介质。不仅如此,电子数据又具有易变性和变动的可察觉性。电子证据成为一个含有内容、属性、痕迹的综合体[11]。侦查人员通过分析电子数据的系统信息可以知悉该电子数据的操作日程,甚至可以恢复已经被篡改或删除的电子数据。因此,在电子数据取证中,侦查人员对储存介质的概括性扣押和概括性搜查确有现实的必要。

其次,电子数据对取证主体提出了合法性和技术性的双重要求,概括性取证成为弥补侦查人员取证需求和技术能力之间落差的应对方式。相较于其他证据而言,电子数据更容易被篡改[12],电子数据取证具有技术性门槛,侦查人员若缺乏相应专业知识支撑,很可能无法有效收集电子数据,甚至会损坏电子数据的真实性。在具体操作中,任何接触原始电子数据的行为都有可能造成数据变动,甚至可能导致电子数据被篡改或彻底毁坏。因此,在无法全面提升侦查人员专业能力的现实难题下,允许侦查人员对电子数据进行概括性扣押能够有效应对电子数据取证的合法性和合技术性的双重要求。

最后,无论是储存内容的海量性、难以直接感知性、可变动性还是技术性都并非专属于某一特定种类的电子数据,而是电子数据的常规特征,概括性取证在电子数据取证中具有普遍性。仅就单一特征而言,即使是实物证据也可能存在储存内容海量性、难以直接感知性、技术性。如在针对海量文件进行搜查、扣押时,同样会面临难以直接感知的问题。在 Warden v. Hayden 案的判决中,美国联邦最高法院废除了单纯证据规则(Mere Evidence Rule),将扣押范围从违禁品、犯罪所得和犯罪工

具发展至单纯证据①。该判例的潜在影响在于,警察在搜查可以作为证据的文件时,为了能够找到归罪性的文字材料,常常需要翻检与犯罪无关但包含有隐私内容的文件,但只要其已经试图将对隐私的不必要侵犯降低到最低程度,法院仍会认可其行为[13]。在现场勘查过程中,侦查人员针对指纹、足迹以及 DNA 数据的提取同样需要具有专业性,并且侦查人员的不当操作极易导致证据被彻底毁坏且无法复原,相较于电子数据取证而言更具风险性。但电子数据的特殊性在于,上述特征均属于电子数据的常规特性,任何一个电子数据均存在上述取证风险。甚至当前刑事司法实践中围绕着区块链技术还出现了基于区块链基础生成的原生型数据,基于区块链技术储存的网络数据以及基于区块链技术核验的网络数据三种新型电子数据[14],进一步提升了侦查人员的取证难度。并且,数据技术的不断发展意味着在任何类型的案件中都有可能出现电子数据的身影。因此,在电子数据取证中,概括性取证具有一定的普遍性。

(二)电子数据搜查、扣押中概括性取证的风险

虽然概括性取证能够有效应对电子数据对侦查实践提出的挑战,但也可能对数据持有人的权利造成更为严重的干预风险。具体表现在以下两个方面。

第一,概括性搜查降低甚至架空了搜查的适用门槛限制,可能会对数据持有人的隐私权造成不当干预。无论是强制侦查法定主义还是令状主义均对搜查设定了基础的适用门槛限制,这是公民不受任意搜查权利的核心要求。在针对实物证据的搜查中,物证的形态可以起到从客观上限定搜查范围的作用。然而,这种物理界限却很难在电子数据取证中发挥作用。从外在形态来看,手机、硬盘以及电脑虽然在物理表现形式上存在差异,但均具备存储海量电子数据的能力,包含的个人隐私数量远远超过传统的一般物品[15]。因此,概括性取证的实践必要性并不能消减其可能严重干预隐私权的客观事实。如果一概肯定概括性取证的合理性会使本就缺乏必要限制的侦查裁量权在电子数据取证中再度扩张,不仅有违比例原则,亦无法彰显刑事诉讼法作为程序法、限权法的本质属性。

第二,概括性扣押忽视了储存介质和电子数据之间的差异,可能会过度干预数据持有人的财产权。在传统侦查活动中,侦查人员围绕着“嫌疑”对与直接事实或间接事实相关的证据进行收集,不同证据之间呈现出链状的因果关系。但在电子数据取证中,扣押储存介质的数量直接决定了后续搜查行为的对象范围。可以说,概括性扣押反映出在数据化时代侦查人员取证逻辑由强因果性到弱相关性的转变。这种转变在扩大侦查取证范围的同时,也使侦查人员需要处理的数据信息呈几何倍数递增。并且,概括性扣押针对的并非电子数据本身,而是将储存介质作为附属品一并扣押。虽然扣押原始储存介质能够有效建立起电子数据的证据保管链,从而保障电子数据的真实性。但在实物证据的收集中,物证的证明功效与存在形态具有一体性,电子数据与其依附的储存介质是可以分离的,并且储存介质指向的是数据持有人的财产权,电子数据对应的则是隐私权,两者承载的利益并不相同。作为数据载体的存储介质而言,其财产性价值远高于纸张等传统书证载体[16]。因此,在电子数据取证中,不区分储存介质与电子数据的概括性扣押可能有混淆不同权利保障逻辑的风险。

总的来说,在传统侦查活动中,搜查、扣押应当受“场所物品”和“相关性”的双重限制,侦查人员

①Warden v. Hayden,387 U. S. 294(1967)

应当重视搜查目的与场所(包括人身或容器)或物品在物理上的对应关系,在搜查后应当确认该物品是否属于“令状上所记载的与案件有关应予以扣押的物品”。在电子数据的搜查、扣押中,虽然场所和物品等物理意义的标准和相关性的事实判断标准均面临着诸多难题,但鉴于概括性搜查、扣押是以过度限制公民基本权利作为解决电子数据取证难题的代价,应当谨慎审视该做法的合理限度。因此,如何判断和限制电子数据取证范围就成为推进电子数据取证程序法治化的关键问题。

三、比较法视野下相关性要件的实践运用逻辑

在侦查实践中,电子数据取证存在两种操作方式:一是侦查人员搜查发现储存介质后,当场搜查储存介质内的电子数据并扣押与案件相关的电子数据或储存介质。二是侦查人员发现储存介质后,先进行概括性扣押,事后再对内部的电子数据进行搜查。美国和日本两国根据其对搜查、扣押客体属性和相关性概念的不同理解,形成了从限制概括性扣押和限制概括性搜查两个思路来规范侦查取证范围的应对方式。日本刑事诉讼主张应以限制概括性扣押储存介质为电子数据取证的规制重点,美国刑事诉讼则主张应通过限制对电子数据本身的概括性搜查来限定侦查取证范围。在上述两种方案中,电子数据和储存介质的相关性内涵、判断标准均存在差异。

(一)以概括性扣押为限制对象的侦查相关性

日本传统观点认为,搜查和扣押应当是以有体物为对象的公开侦查措施,令状的特定性要求也具有鲜明的物理属性。如搜查令状的特定性表现为“管理权单一”,即对属于同一管理权管辖下的场所或物品应签发同一搜查令状[17]。扣押令状的特定性表现为侦查人员根据令状记载可以识别、选择的物品。但相较于以“范围”为实施对象的搜查而言,侦查人员很难在案件侦办的初期就事先明确应扣押物品的具体特征。因此,在具体审批过程中,允许法官根据具体情况签发概括性记载的扣押令状[18]。此时,扣押令状需满足以下条件方可签发:侦查对象具有犯罪嫌疑、可能存在与犯罪嫌疑事实相关的证据物以及扣押的必要性[19]。随着电子数据的出现与发展,以“有体物”为基础建立的搜查、扣押规则如何应对属于无体物的电子数据成为困扰日本司法实践的棘手问题。日本最高裁判所在奥姆真理教越谷案件的判决中首次肯定了概括性扣押储存介质的正当性,其认为,当根据令状记载应搜查、扣押的电脑、软盘中可能存在与案件具有相关性的电子数据,且现场确认数据内容有可能发生损毁等危险时,应当允许侦查人员概括性扣押储存介质[20]。该判例的适用重点在于如何解读“相关性”。对此,日本学界主流观点认为在概括性扣押储存介质时,应当将“相关性”理解为侦查相关性,而非证据相关性。

具体而言,第一,相关性具体区分为证据相关性和侦查相关性。证据相关性是审判阶段的相关性,其作用在于防止无关证据混淆争点和造成陪审员的偏见与误解。侦查相关性则具有限定侦查阶段证据收集范围的功能,其指向的不仅是与犯罪事实相关的积极证据,还包括不成立犯罪的消极证据[21]。第二,在概括性扣押中,相关性的判断需要权衡侦查的效率性和公民权利保障两项非认识性要素,而非单纯的逻辑关系判断。只有在复杂案件且存在大量证据或者证据数量较少但在搜查、扣押现场无法逐一判断时方可进行概括性扣押。侦查相关性的判断是以客观事实为基础的综合性判断,其中储存介质内可能存在与案件相关的电子数据是判断基础,现场逐一确认具体内容存在客观困难或外在影响属于实施概括性扣押的必要条件[20]。因此,在电子数据取证中,概括性扣押储存介质属于例外,原则上侦查人员应当在现场确认储存介质内的具体内容后方可进行扣押。

2011 年日本《刑事诉讼法》修正案对电子数据进行了专门规定,进一步丰富了电子数据的取证手段,侦查相关性的判断也形成了不同主体的区分。本次修法从以下角度对电子数据扣押制度进行了完善。第一,丰富扣押措施的行为方式。《刑事诉讼法》第 110 条第 2 款第 1 项和第 2 项规定,侦查人员对应予以搜查、扣押的电子数据,可以自行或要求被扣押人员通过复制、印刷、转存的方式转移到其他储存介质并进行扣押。在区分电子数据与储存介质的同时,规定了侦查对象的协助义务。第二,针对海量储存介质或储存介质去向不明的情况创设了“附带记录命令的扣押”,该措施本身并不具有直接强制性,而是侦查机关基于对侦查对象的信赖要求其主动提供。因此,在行为方式和权利侵害程度上较为柔和。第三,针对云端数据规定了侦查人员可以在搜查现场内实施的远程扣押型侦查措施。该类电子数据的相关性被限定为“应扣押电子计算机制作、修改的电子数据”。

至此,日本电子数据取证方式,从行为强制程度和取证范围大小来看可以分为以下四个层次:第一,侦查人员要求数据持有人提供与案件相关的电子数据,该行为的取证范围最为明确,强制程度最低。第二,侦查人员根据事前签发的令状自行复制、提取电子数据,该行为的取证范围有所扩大,强制程度也随之提升,但整体上仍受事前令状的范围限制。第三,侦查人员在现场发现储存介质后,搜查并扣押与案件相关的电子数据,与附记录命令的扣押相比,搜查电子储存介质的做法提高了侦查行为的强制程度。第四,侦查人员在某些特定情况下可以概括性扣押储存介质,该行为的取证范围最为宽泛且强制程度也达到了最高水平。

日本之所以选择以“概括性扣押”为对象来限定电子数据的取证范围,其原因在于:第一,日本刑事诉讼立法者和学者并不想改变搜查、扣押应针对有体物的传统立场,仍坚持物理场域对电子数据取证的限制作用。这样既可以保障数据持有人的财产权,也将扣押前的搜查行为置于数据持有人的监督之下,维持了搜查、扣押应是公开侦查措施的行为属性。第二,在电子数据搜查、扣押的过程中,扣押储存介质的范围往往决定了后续搜查行为的取证范围,限制电子储存介质的概括性扣押行为可以有效兼顾财产权和隐私权的保障问题。第三,为了避免电子数据取证中概括性搜查对数据持有人隐私权的侵害,日本《刑事诉讼法》针对数据持有人设定了附记录命令的扣押以合理限制电子数据的取证范围,这种做法与邮件扣押的处理方式具有一致性。对此,田口守一教授认为这种新型侦查程序构建了市民参与的协助机制,为今后的刑事司法提供了素材[22]149。事实上,近年日本刑事诉讼学界和司法判例对于新型侦查措施都持“强制侦查法定主义”的解释论立场,强制侦查法定主义的回归是日本刑事司法界对多年来吸收借鉴美国刑事诉讼理论的有效性和适当性进行深刻反思后作出的尝试[23]。但缺点在于,该做法有意避开电子数据搜查可能存在的风险,无论是概括性扣押后的搜查行为还是在实施扣押前的搜查行为均属于概括性搜查,不对其进行规范似乎有违令状主义的特定性要求。

(二)以概括性搜查为审查对象的证据相关性

与日本刑事诉讼坚持将搜查、扣押限定在“有体物”的传统立场不同,美国刑事诉讼很早就放弃了“有体物”或“物理场域”对搜查、扣押的限制作用。在美国刑事诉讼中,搜查本身就属于抽象概念,其行为分别指向人身权、财产权以及隐私权三种宪法性权利。因此,电子数据的出现正好契合了以“隐私合理期待”为核心建立起的搜查概念体系,两者并不存在矛盾冲突。如美国联邦第九巡回法院认为,针对电子储存介质进行的电脑鉴识行为属于实质意义的搜查,应接受与传统搜查类似

的限制②。

在电子数据搜查、扣押中,美国选择以概括性搜查为规制对象并以证据相关性作为证据排除法则的适用标准。具体而言,侦查人员针对扣押的储存介质进行搜查必须申请单独的搜查令状并且令状的特定性需要达到明示具体电子数据内容的程度。在如何判断是否达到明确性的问题上,美国司法实践存在多种观点。有观点认为电子数据的载体是一个封闭容器,根据封闭容器理论,公民对封闭容器内的信息享有隐私合理期待权。但随之而来的问题是,储存介质内的文件是否应被视为一个单独的封闭容器?对此,美国联邦第五巡回法庭曾认为一个存有多个文件的计算机属于单独的封闭容器③。第十巡回法庭则拒绝侦查机关在缺乏令状的情况下对计算机进行全面搜查,并警告该行为存在对个体隐私权造成巨大侵害的可能性④。上述分歧直接决定了在电子数据搜查、扣押过程中,侦查人员能否基于"一览无余原则"进行另案扣押。对此,美国多数法院认为,必须将电子数据限定为与特定犯罪有关的文件和信息,一览无余原则不能为侦查人员明显超越搜查令状许可范围之外的行为提供正当性基础。但对于电子数据取证中第一阶段的扣押储存介质行为,美国法律职业人员法律教育行政办公室在其发布的《犯罪侦查中对计算机搜查扣押与电子数据的获取》指导性文件中建议,一般的搜查方案是追求最迅速地、最少侵入性地、与搜查令中所描述的证据保全相一致、最直接的搜查方案。该搜查方案将允许执法人员在一些案件中对计算机进行现场搜查,同时也允许执法人员在扣押搜查目标计算机后进行非现场审查,关键在于灵活性[24]。甚至有侦查学者建议,为了保护数据,应扣押所有计算机硬件、软件和光盘以及计算机旁所有的手册和纸张[25]。因此,美国刑事诉讼法并不禁止侦查人员对储存介质进行概括性扣押,但禁止对储存介质进行概括性搜查,令状的特定性要求侦查人员获取的应当是与特定犯罪事实具有证据相关性的电子数据。

美国选择以"概括性搜查"为规制对象的原因在于:第一,在美国刑事诉讼中,搜查对应的权利大多表现为"隐私合理期待权"。在电子数据取证中,当储存介质本身不属于违禁品时,其仅是承载电子数据的"容器",而非证据。因此,可能侵犯隐私权的概括性搜查更契合第四修正案的保护对象。第二,在电子数据取证之前,美国刑事诉讼就曾肯定了针对大规模文件进行概括性扣押的合理性。如针对组织或业务具有欺诈性质的案件,法官对令状的特定性要求应大幅度降低。这被称为形成"充满欺诈性法理"(permeated with fraud)[26]。美国联邦第四巡回法庭在 Moore 案的判决中认为,被告人逃税的行为具有明显的欺诈性质,应肯定法官签发的概括性扣押令状⑤。因此,电子数据取证的规制重点也不应是针对储存介质的概括性扣押。第三,限制概括性搜查能够诉诸证据相关性并以非法证据排除规则作为刚性的程序性制裁后果。在司法实践中,电子数据搜查令状的授权内容与电子数据搜查实际对象的不匹配是法官否定电子数据可采性的常见原因。因此,概括性扣押储存介质后,限定电子数据搜查的取证范围既是美国司法人员和技术专家都可以接受的"最佳方案",也被认为是"两步式"电子数据取证方式优越性的体现。但缺点在于,一律肯定概括性扣押储存介质的做法不仅存在严重干预数据持有人财产权的可能性,并且,侦查人员在搜查储存介质内电子数据时,其行为也缺乏公开性,数据持有人只能通过事后非法证据排除申请来质疑该行为的正当

②United States v. Cotterman,637 F. 3d 1068(9th Cir. 2011)

③United States v. Runyan,275 F. 3d 449,464-65(5th Cir. 2001)

④United States v. Walser,275 F. 3d 981,986(10th Cir. 2001)

⑤United States v. Moore,498 Fed. Appx. 195(4th Cir. 2012)

性,权利救济存在滞后性问题。

四、电子数据取证中相关性要件的运用方式和适用程序

侦查人员是否能够成功发现和收集电子数据已经成为当前侦查取证的关键问题。如何限定电子数据搜查、扣押的范围则是侦查程序法治化进程中必须面对的难题。我国目前电子数据取证的程序规制体系尚未在规范层面上得到应有的重视,由电子数据真实性的审查判断规则走向真实性与合法性并重的取证程序规则是电子数据取证程序法治化的改革目标。在如何限定电子数据取证范围的问题上,虽然域外国家积累了成功经验,但也需要注意不同改革方案与我国刑事诉讼制度和侦查实践现状的适应性。具体应在承认和接受普适性法律原则作为电子数据取证程序改革基础的同时,结合我国国情和法律传统,采取渐进的、改良的方法,从逐步的技术性改良走向制度变革,即相对合理主义[27]。

(一)电子数据取证中相关性要件的规范对象和运用方式

虽然电子数据给世界各国刑事诉讼带来的机遇与挑战具有一致性,但各国在面对电子数据搜查、扣押的概括性取证风险时采取的应对方式却并不相同。本文考察的日本与美国就存在限制概括性扣押和限制概括性搜查的区分,其背后反映的是两种规制逻辑。

日本刑事诉讼重视强制侦查的法律授权依据,即强制侦查法定主义。因此,电子数据的搜查、扣押必须回归到刑事诉讼条文之中来寻求规范上的正当性。由于电子数据与储存介质具有一定的依附关系,扣押电子数据被解释为扣押电子数据的储存介质并无障碍,但仅针对“电子数据”实施的搜查则很难被纳入传统的搜查概念之中。为了合理限制电子数据取证范围,日本刑事诉讼法主要是通过规范侦查人员对储存介质的概括性扣押行为来限制概括性取证。美国刑事诉讼程序重视事前令状审查对侦查措施的授权和规制功能。只要侦查行为符合搜查、扣押的基本判断标准,就可以通过中立法官签发搜查、扣押令状来赋予其正当性,与其行为针对的是有体物还是无体物并无直接关系。因此,以概括性搜查为规范对象既能够保障数据持有人的隐私权不受过度侵犯,也可以通过排除非法证据的制裁后果来威慑违法侦查行为。

我国应选择何种方式来限定电子数据搜查、扣押的范围,既需要考虑到我国侦查实践的客观情况,也需要评估不同改革方案的成本效益。日本刑事诉讼对电子数据取证的程序规制并没有脱离传统侦查的规范框架,基本上是将传统侦查规则略作调整以适应电子数据取证的特殊性。美国刑事诉讼则通过判例,创制出了一套专门针对电子数据取证的规则体系。在我国刑事诉讼中,搜查的目的是“收集犯罪证据、查获犯罪人”,范围是“身体、物品和其他有关的地方”。扣押的目的是“证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪”,对象是财物与文件。从规范表述来看,搜查、扣押的唯一限制就是“物理空间”和“实体物”。至于搜查、扣押对象具体应是什么?是否应设定更为具体的范围?法律和司法解释都没有进行明确规定。因此,在侦查实践中,由行政机关内部审批授权的搜查和扣押并不存在明确的特定性要求,概括性扣押、概括性搜查均属常态。可以看出,在电子数据取证的法律规制上,我国当前法律规定存在规制方式滞后和规范体系不协调等问题。那么,在未来的改革方向上,日本刑事诉讼针对概括性扣押的改革方案和美国刑事诉讼针对概括性搜查的改革方案究竟何者更具有现实性则需要评估何者更契合我国现行法律框架和法律传统。

本文认为,虽然美国当前对电子数据取证的规制更侧重于保障数据持有人权利,也对电子数据

取证范围进行了更为严格的规制。但对我国而言,该方案的改革成本过高并不适宜作为当前我国限定电子搜查、扣押取证范围的现实选择。理由如下:第一,我国的搜查概念与美国搜查概念存在本质区别,美国刑事诉讼中的搜查概念对应着我国的搜查、勘验、技术侦查、网络远程勘验以及在线提取数据等侦查措施。随之而来的问题是,应对哪种措施进行修改才能借鉴吸收美国的经验。这反映出我国遵循的强制侦查法定主义与美国判例造法之间存在的理念差异。第二,当前我国缺乏实质意义上的令状制度,即使是针对实物证据的搜查、扣押仍存在概括性取证的问题。若参考美国刑事诉讼的做法,应先确立由中立法官签发令状的制度,进而在令状记载上明确电子数据搜查的具体范围后才能合理限制电子数据取证范围。我国目前虽然规定搜查、扣押应依据搜查证、扣押证实施,但其仅具有令状主义中的“书面特征”而已。因此,该做法的权利保障理念虽然先进,但与目前我国的制度现状落差较大。第三,美国刑事诉讼是以“证据相关性”作为审查是否属于概括性搜查的标准,进而通过“证据排除法则”来达成制裁威慑效果。这种对搜查、扣押的救济需要依附于个案审判,并结合刚性的非法证据排除规则才有实质意义。在我国,非法证据排除规则对违法侦查的约束作用与美国存在明显差异,借由证据相关性审查的间接规范方式是否有效有待商榷。并且,即使排除规则相当严格,该方案仍有以下两点不足:第一,违法搜查必须有所斩获,才会成为审查对象,若是扑空的违法搜查,既未取得证据,亦无“排除违法搜查所得证据”的问题;第二,若案件未进入审判程序,则无审查的可能性。

综上所述,本文认为在我国刑事诉讼的基础概念和制度架构没有进行变动之前,美国通过证据相关性限制概括性搜查的做法不宜作为当前我国限制电子数据取证范围的改革方案。日本刑事诉讼的相关改革方案则与我国侦查实践和制度架构更加契合。

(二)电子数据取证中相关性要件的适用程序与权利保障

针对如何限定电子数据搜查、扣押范围的问题,日本刑事诉讼的改革经验对我国的借鉴意义与优势在于:第一,日本刑事诉讼法与我国刑事诉讼法对搜查、扣押的定义具有一致性。我国若效仿其做法,以刑事诉讼法已有的搜查、扣押规定为依据限定电子数据的取证范围,进而以搜查、扣押为基础整合目前较为混乱的电子数据取证体系,制度改革成本较小,具有效益性。第二,在物理空间的搜查过程中,判明电子数据与案件的相关性可以避免扣押与案件无关的储存介质和电子数据,从而保障数据持有人的隐私权和财产权,同时在一定条件下赋予概括性扣押正当性也兼顾了侦查效率。第三,虽然日本也要求搜查、扣押应遵循令状主义,但在电子数据搜查、扣押的问题上,电子数据搜查被视为扣押的必要处分,并且扣押令状的记载也并不要求细化到具体文件夹或文件名,而是交由侦查人员裁量判断。我国目前仅规定了电子数据的扣押,尚未明确电子数据搜查的规范地位。因此,通过相关性判断电子数据扣押的合法性更契合我国电子数据取证规范体系。若参考日本刑事诉讼的改革方案,我国对电子数据搜查、扣押应当从以下几个方面予以规定。

1. 明确区分载体相关性和电子数据相关性

当前我国关于电子数据取证的规范存在将扣押原始储存介质和概括性扣押混淆的倾向。如根据《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《刑事电子数据规定》)第 5 条规定,扣押、封存电子数据原始储存介质,仅是保护电子数据完整性的方式之一,但第 8 条则将其上升为电子数据的取证原则。《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》)第 16 条对无法扣押原始储存介质的情形进一步予以细化,其中“需通过现场提

取电子数据排查可疑储存介质的”属于情形之一。由此可以看出,扣押原始储存介质存在两种适用情形:第一,是现场搜查电子数据后,扣押原始储存介质,属于电子数据完整性的要求;第二是在不确认电子数据内容的前提下扣押原始储存介质,属于典型的概括性扣押。在我国,第二种情形属于电子数据取证的原则,第一种则是例外规定。换言之,当前电子数据收集提取措施的授权规范是奉行一种能扣押原始储存介质,就不必考量其他替代性措施的立法倾向[28]。对此,学界普遍持肯定态度,认为这种做法符合最佳证据规则、主体情况以及电子数据发展的趋势[7]。

但在电子数据取证中,载体相关性与电子数据相关性存在本质区别。除储存介质本身就属于犯罪工具、赃物等情况外,通常情况下储存介质是作为电子数据的载体而存在的,其本身与案件并无关联性。因此,侦查人员扣押原始储存介质主要是基于提高侦查效率和保证电子数据完整性两种目的,但上述目的能否赋予概括性扣押正当性有待商榷。就提高侦查效率而言,效率价值与人权价值之间本身存在位阶差异,尤其是在侦查程序中,提高侦查效率也不应当以过度牺牲数据持有人权利为实现方式。就电子数据完整性而言,概括性扣押和扣押原始储存介质在行为目的上存在本质不同,概括性扣押是在缺乏明确目标情况下基于全面取证目的而实施,而扣押原始储存介质属于保证电子数据完整的方式之一。

因此,我国刑事诉讼应当区分载体相关性和电子数据相关性。载体相关性属于一种推定的相关性,也即日本刑事诉讼中的“侦查相关性”。当侦查人员无法明确储存介质中是否有与案件相关的电子数据时,若现场确认存在技术性困难(数量庞大、缺乏专业取证人员或工具等)或外在影响(犯罪嫌疑人有毁坏电子数据的举动或可能性)时,可以进行概括性扣押。此时相关性判断属于综合性判断,日本学者也将其称为相关性的盖然性。若不存在上述情况,侦查人员原则上需搜查储存介质内的电子数据以明确该电子数据是否与案件事实具有相关性,进而筛选应扣押的储存介质。此时的相关性判断不可进行盖然性认定,属于证据相关性的范畴。因此,对于能够进行现场搜查的,侦查机关应对储存介质进行搜查或对储存介质进行复制后,返还电子数据的储存介质。不能现场搜查的可以先行扣押储存介质,在制作镜像档后返还储存介质。

2. 细化电子数据调取的相关性和协助义务

由于电子数据的海量性和技术性,无论是电子数据搜查还是扣押均短暂或持续影响到数据持有人、网络服务提供者的生活和经营秩序。因此,设置相关人员的配合、协助义务有助于减少电子数据取证对其利益的不利影响。由此产生的问题是,如何协调服务商保护客户信息的义务和协助司法机关义务之间的紧张关系以及如何避免数据持有人恶意毁坏或隐藏电子数据。对此,应从调取电子数据的相关性审查和细化协助义务的执行条件入手进行规范。

《电子数据取证规则》第 41 条规定,公安机关向有关单位和个人调取电子数据应在《调取通知书》上注明调取电子数据的相关信息,并要求被调取人附完整性校验值等保护电子数据完整性方法说明。其中电子数据的相关信息作为侦查人员的调取对象和范围,有待进一步予以细化。首先,调取电子数据作为一种间接性侦查措施,应在立案后针对特定的犯罪事实实施,禁止侦查人员调取与犯罪事实无关的电子数据。其次,应区分内容信息和非内容信息。内容信息由于涉及相对人的隐私权不仅应限定在重罪案件,而且应严格限定其与案件的相关性,不得进行盖然性认定。非内容信息涉及相对人的个人信息利益,对其相关性可以进行盖然性认定。最后,日本刑事诉讼将这种对数据持有人、网络服务提供者提出的协助义务视为一种间接强制措施。在针对数据持有人时,是否实

施该措施应根据信息的种类、数量、记录媒体的性质、被处分者的态度来综合判断[22]144。在我国,针对个人尤其是犯罪嫌疑人的调取应在其本人或第三方的监督下实施。

3. 保障电子数据取证中相关人员的在场权与知情权

传统侦查活动中,犯罪嫌疑人的知情权表现为事前出示令状和过程在场见证。我国电子数据取证的相关规范也对电子数据取证的规定了见证人制度。如《刑事电子数据规定》第 14 条规定,收集、提取电子数据应当制作笔录并由电子数据持有人签名或盖章。第 15 条规定,收集、提取电子数据,应当根据刑事诉讼法的规定,由符合条件的人员担任见证人。但在侦查实践中,侦查人员往往是在现场概括性扣押数据载体后,在公安机关内部进行电子数据检查。因此,数据持有人仅能在搜查、扣押储存介质时在场,也只能知悉扣押储存介质的范围。然而,电子数据取证的关键在于,电子数据而非储存介质。根据《电子数据取证规则》第 43 条规定,对扣押的原始储存介质或者提取的电子数据,需要通过数据恢复、破解、搜索、仿真、关联、统计、比对等方式,以进一步发现和提取与案件相关的线索和证据时,可以进行电子数据检查。可以看出,电子数据检查实际上包括了电子数据搜查。对此,理应保障相关人员的在场权和知情权。但《电子数据取证规则》仅规定在无法使用保护设备且无法制作备份的情况下应进行录像,显然将电子数据的完整性置于权利保护之上。

对此,应对不同电子数据取证类型进行规定。如依照上文所提出的改革建议,原则上,电子数据取证应先搜查电子数据进而决定应扣押的储存介质,那么电子数据搜查与储存介质扣押均是在同一时间段和同一空间内。此时,电子数据持有人和见证人应在现场监督侦查人员的取证工作。当无法进行现场搜查,仅能概括性扣押时,对于后续的电子数据检查环节,域外也并未规定需要在场或见证人。因此,此时仅需要对搜查的全过程进行录音录像,并及时将电子数据搜查、扣押的对象告知犯罪嫌疑人和相关人员即可。

结语

如何推进侦查程序法治化是各国刑事诉讼面临的共同难题,日本刑事诉讼由精密司法向核心司法的司法改革倡议以及美国刑事诉讼曾出现的正当程序革命,均将矛头指向与公民基本权利密切相关的侦查程序。我国刑事侦查也面临着相同的法治化困境。若从实现法治化的最终目标来看,正如龙宗智教授所言,只有建立至少能够覆盖大部分强制侦查行为的司法审查、司法救济和司法令状制度,才能通过这种“治本之举”,从根本上实现侦查取证程序正当化,完善侦查程序中的人权保障制度[29]。依此逻辑似乎通过令状主义限制电子数据取证中的概括性搜查行为更加合理,但从现实情况来看,以令状主义架构起电子数据搜查制度若想在我国刑事诉讼中顺利运行并发挥出预期作用,同时需要具备令状审查的严格性和判例规范的灵活性。对我国而言,上述做法更像是一场借由电子数据而引发的颠覆式变革,而非立足于本国现有制度规范的渐进式改良,不宜作为当前阶段我国电子数据取证的改革方案。相较于审判、起诉程序而言,侦查程序的法治化应当充分考量我国打击犯罪的现实需求,这必然是一场本土化、渐进式的改革。

参考文献:

[1] 宋保振.“数字弱势群体”权利及其法治化保障[J].法律科学(西北政法大学学报),2020(6):53-64.

[2] 刘品新.论网络时代侦查制度的创新[J].暨南学报(哲学社会科学版),2012(11):62-73,162.

[3] 谢登科. 电子数据侦查取证措施法治化与《刑事诉讼法》再修改[J]. 法治研究,2024(5):90-105.
[4] 骆绪刚. 电子数据搜查扣押程序的立法构建[J]. 政治与法律,2015(6):153-161.
[5] 陈永生. 电子数据搜查、扣押的法律规制[J]. 现代法学,2014(5):111-127.
[6] 易延友. 刑事诉讼法:规则原理应用[M]. 5 版. 北京:法律出版社,2019:308.
[7] 郑曦. 网络搜查及其规制研究[J]. 比较法研究,2021(1):21-32.
[8] 谢登科. 电子数据的鉴真问题[J]. 国家检察官学院学报,2017(5):50-72,174.
[9] 喻海松. 刑事电子数据的规制路径与重点问题[J]. 环球法律评论,2019(1):35-47.
[10] 刘品新. 电子证据的关联性[J]. 法学研究,2016(6):175-190.
[11] 朱贇先. 电子数据搜查:规定情境与新经验主义[J]. 江西社会科学,2021(3):191-201.
[12] 刘品新. 论电子证据的理性真实观[J]. 法商研究,2018(4):58-70.
[13] 孙潇琳. 我国电子数据搜查扣押之审思[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版),2018(6):96-104.
[14] 约书亚·德雷斯勒. 美国刑事诉讼法精解[M]. 吴宏耀,译. 北京:北京大学出版社,2009:124.
[15] 刘品新. 论区块链证据[J]. 法学研究,2021(6):130-148.
[16] 陈永生. 刑事诉讼中搜查手机的双重司法审查机制[J]. 北京航空航天大学学报(社会科学版),2022(2):34-37.
[17] 裴炜. 论刑事电子取证中的载体扣押[J]. 中国刑事法杂志,2020(4):120-136.
[18] 安井哲章. 搜索差押えの対象の特定[J]. 法学教室,2019(1):18-21.
[19] 渡辺直行. 刑事訴訟法[M]. 东京:成文堂,2011:53.
[20] 中園江里人. <論説>電磁的記録媒体の差押え[J]. 近畿大学法科大学院論集, 2018(14):65-90.
[21] 石山宏樹. 捜査段階における差押えの関連性について[J]. 東京大学法科大学院ローレビュー,2014(9):120-131.
[22] 高橋則夫. 曽根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集[M]. 东京:成文堂,2014:455.
[23] 田口守一. 刑事诉讼法[M]. 张凌,于秀峰,译. 北京:法律出版社,2019:144-149.
[24] 吴桐. 科技定位侦查的制度挑战与法律规制:以日本 GPS 侦查案为例的研究[J]. 中国刑事法杂志,2020(6):72-89.
[25] 刘方权. 犯罪侦查中对计算机的搜查扣押与电子证据的获取[M]. 北京:中国检察出版社,2006:148.
[26] 埃里克. W. 杜特拉. 犯罪现场调查[M]. 张翠玲,译. 北京:中国人民公安大学出版社,2015:341-342.
[27] 太田茂. 捜索差押えの特定性の要求に関するアメリカ合衆国連邦裁判所判例の諸法理とその実情[J]. 比較法学,2015(1):83-128.
[28] 龙宗智. 论司法改革中的相对合理主义[J]. 中国社会科学,1999(2):130-140.
[29] 潘金贵,李国华. 我国电子数据收集提取措施对基本权利的干预与立法完善[J]. 湖南社会科学,2019(5):71-78.
[30] 龙宗智. 寻求有效取证与保证权利的平衡:评"两高一部"电子数据证据规定[J]. 法学,2016(11):7-14.

Analysis of restrictions on electronic data search and seizure

WU Tong

(*Law School*, *Minzu University of China*, *Beijing 100081*, *P. R. China*)

Abstract: The advent of electronic data has changed the application of traditional search and seizure, the way of search firstly and then seizure has been unable to effectively respond to electronic data collection activities. In order to protect the authenticity and integrity of electronic data, China's relevant electronic data collection norms provide that "the original storage medium of electronic data should be seized in principle if it could be seized". In judicial practice, investigators often understand it as "if the storage medium could be seized, electronic data storage medium should be seized in principle". This leads to the requirements originally aimed at the integrity and authenticity of electronic data becoming the basis for authorizing investigators to carry

out "general seizures". General seizure firstly and then search comprehensively has become the practice norm for electronic data collection. Although general collection can effectively respond to the many challenges posed by electronic data investigation practice, freedom from arbitrary search and seizure is a fundamental right enjoyed by citizens in criminal proceedings. The emergence of general collection will inevitably lead to the contradiction between the method of electronic data collection and the specificity of search and seizure objects. In comparative jurisdictions, Japanese and American criminal proceedings have formed two reform programs by their different understanding of the concepts of search and seizure: one is restricting general seizure and another is restricting general search. The former insists on the role of physical standards in limiting electronic data collection, and advocates that investigators' seizures in physical space should be restricted. This can protect the property rights of data holders and also maintain the basic position that search and seizure should be public investigative measures. The latter attaches importance to the authorizing and regulating function of prior warrant review on investigative measures. As long as the investigative act meets the criteria of search and seizure, it can be given legitimacy by a neutral judge issuing a warrant for search and seizure, which is not directly related to whether its objects are tangible or intangible. Limiting general search can not only protect the privacy of data holders from excessive infringement, but also deter illegal investigation behaviors through the sanctioning consequences of excluding illegal evidence. How to limit the scope of electronic data search and seizure is a difficult problem that must be faced in the legal process of China's investigation procedures. At the normative level, the current procedural rules of electronic data collection have not yet received due attention. In this regard, China needs to clarify the relationship between electronic data search and seizure and traditional search and seizure, and construct electronic data collection procedures with emphasis on limiting general seizure. Specific distinction should be made between the relevance of the carrier and the relevance of electronic data, and the obligation to assist in the investigation of electronic data access should be clarified, with emphasis on safeguarding the right of data holders to be present or to be informed afterwards.

Key words: electronic data; general seizure; search; personal information protection; informed consent

(责任编辑 刘 琦)