法学格致文库

穷究法理 探求真知

中国网络法律规则的完善思路·刑诉法卷

丛书主编 于志刚

本书主编 田 刚

中国法制出
CHINA LEGAL PUBLISHI

法学格致文库

穷究法理 探求真知

中国网络法律规则的完善思路·刑诉法卷

丛书主编 于志刚

本书主编 田 刚

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

中国网络法律规则完善思路·刑诉法卷／田刚主编．—北京：中国法制出版社，2016.1

（法学格致文库系列/于志刚主编）

ISBN 978-7-5093-6809-1

Ⅰ.①中… Ⅱ.①田… Ⅲ.①计算机网络-刑事诉讼法-研究-中国 Ⅳ.①D922.174②D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2015）第 249828 号

策划编辑/刘　峰（52jm.cn@163.com）

责任编辑/孙璐璐　　封面设计/杨泽江

中国网络法律规则完善思路·刑事诉讼法卷

ZHONGGUO WANGLUO FALÜ GUIZE WANSHAN SILU · XINGSHISUSONGFAJUAN

编者/田刚

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/640 毫米×960 毫米 16　　印张/14.5　字数/172 千

版次/2016 年 1 月第 1 版　　2016 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-6809-1　　定价：49.00 元

北京西单横二条 2 号　　值班电话：010-66026508

邮政编码 100031　　传真：010-66031119

网址：http://www.zgfzs.com　　编辑部电话：010-66037087

市场营销部电话：010-66033393　　邮购部电话：010-66033288

（如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010-66032926）

2012年教育部哲学社会科学重大课题攻关项目阶段性成果
中国政法大学网络法研究中心文库17

作者简介

于志刚 男，1973年生，洛阳人。中国政法大学网络研究中心主任，教育部长江学者特聘教授。法学学士（1995年，中国人民大学）、法学硕士（1998年，中国人民大学）、法学博士（2001年，中国人民大学），2001年进入中国政法大学任教，次年破格晋升副教授。2004年至2005年赴英国牛津大学做访问学者，2005年破格晋升教授，2006年被遴选为博士生导师，同年开始兼任北京市顺义区人民检察院副检察长至今，2009年至2012年5月任研究生院副院长，2012年5月任教务处处长，2015年5月任中国政法大学副校长。2007年入选教育部新世纪优秀人才支持计划，2010年获北京市五四青年奖章，当选第11届全国青联委员，2013年受聘为最高人民法院案例指导工作专家委员会委员。

近20余年来在《中国社会科学》《法学研究》《中国法学》等刊物发表学术论文200余篇，出版《传统犯罪的网络异化研究》等个人专著12部，合著多部，主持教育部哲学社会科学重大课题攻关项目、国家科技支撑计划项目、国家社科基金项目等省部级以上科研项目近20项。曾获教育部高校优秀科研成果奖、霍英东青年教师奖、钱端升法学研究成果奖、司法部科研成果奖等科研奖励，以及宝钢优秀教师奖、北京市优秀教学成果奖等教学奖励。2010年11月，当选第六届全国十大杰出青年法学家。

田 刚 男，1986年生，中国黑龙江齐齐哈尔人。法学博士，美国福特汉姆大学访问学者，中央民族大学法学院讲师。主要研究领域为犯罪实证研究和网络犯罪，近年来发表学术论文十余篇，主编著作一部，参编著作三部，主持部级课题一项，校级课题四项，参与国家、省部级课题十项。

中国网络法律规则的完善思路·刑诉法卷

主　　编：田　刚
副 主 编：董林涛
撰写人员：（以姓氏笔画为序）
马　康　田　刚　付奇艺　柴　华　董林涛

编写说明

2012年3月14日，第十一届全国人民代表大会第五次会议作出了修改1996年《刑事诉讼法》的决定，修改后的《刑事诉讼法》已于2013年1月1日起生效。《刑事诉讼法》完善了证据制度，将证据的定义由传统的“事实说”改为“材料说”，并将“电子数据”增加规定为新的证据种类。但是，《刑事诉讼法》并未明确电子数据的取证、质证、认证的具体程序性规定。为应对《刑事诉讼法》中证据制度的修改，最高人民法院、最高人民检察院、公安部分别颁布了与《刑事诉讼法》同步实施的司法解释性文件，其中对电子数据的相关内容进行了解释。然而，综观前述三机关所颁布的司法解释性文件会发现，其中关于电子数据的解释大致存在如下几个方面的问题：首先，遗漏与电子数据有关的重要内容；其次，简单照搬《刑事诉讼法》的条文表述；再次，设计过于抽象、概括的解释条文，从而导致司法实践中可操作性虚无。

从司法实践的角度考量，计算机网络技术等现代科学技术的飞速发展，给传统刑事司法带来了两个方面的挑战：首先，以危害计算机系统安全的犯罪和通过信息网络系统实施的犯罪为代表的网络犯罪日益泛滥，要求侦查机关的侦查从“物理空间”走向“虚拟空间”；其次，网络犯罪案件，甚至普通刑事案件中大量出现电子数据，要求公安司法机关必须对电子数据作出适当的处理，发挥其本身所具有的证明案件事实的巨大而独特的作用。刑事司法实践应对

挑战、化解法律适用危机的前提则是《刑事诉讼法》及相关司法解释性文件必须设置完善的电子数据取证、质证、认证规范，以保证“有法可依”。显然，《刑事诉讼法》及三机关的司法解释性文件并未成功完成前述任务。诚然，1996 年《刑事诉讼法》实施期间，公安司法机关已颁布了较多的有关电子数据（电子证据）的规范性文件，然而《刑事诉讼法》实施后，这些规范性文件面临着修改和整合的问题，有些具体条文已经不再适合当下刑事司法实践的需要，同时，司法实践中出现的新问题，需要明确法律依据。为解决以上问题，在近期再次修改《刑事诉讼法》不太可能的现实情境下，设立新的司法解释无疑是最现实、最可行的方式。

2013 年 8 月，中央政法委出台的《关于切实防止冤假错案的规定》明确要求“坚持证据裁判原则”。所谓证据裁判原则，是指依据证据认定案件事实的原则，亦即必须依据经过法定的正式的证据调查程序后具有证据能力的证据来认定案件事实。从理论层面分析，证据裁判原则贯穿整个刑事诉讼全过程，不仅要求侦查机关依照法定程序收集、获取证据，更要求据以认定案件事实的证据必须是经过正式法庭调查所认定的证据。为此，本书所起草的司法解释草案，均是在证据裁判原则指导下，严格遵守《刑事诉讼法》及司法解释的规定，针对司法实践中亟待明确的与电子数据取证、质证、审查判断有关的相关问题所作出的规定，以期为刑事司法实践提供具体、可操作的规程指引。由此，本书努力兼顾刑事诉讼法学理论，证据理论和司法实践的现实，力图使相关条文既有扎实的理论基础，又能反映与解决司法实践中的热点、难点问题。

本书对当前网络犯罪引发的司法困境和立法缺陷进行了全面的审视，对于重点领域提出了可行性的司法完善思路，能够迅速地提升司法实践中网络犯罪的预防和制裁效果，并在此基础上提出了未来刑事诉讼法完善的整体思路。本书内容共分为五章，第一章为网络犯罪案件调查取证领域的司法完善，提出了司法解释建议稿《关于办理网络犯罪案件调查取证若干问题的规定（草案）》；第二章为

技术侦查措施领域的司法完善，提出了司法解释建议稿《关于技术侦查措施具体应用法律若干问题的解释（草案）》；第三章为刑事诉讼审查判断电子数据领域的司法完善，提出了司法解释建议稿《关于办理刑事案件审查判断电子数据若干问题的解释（草案）》；第四章为刑事诉讼电子数据鉴定领域的司法完善，提出了司法解释建议稿《关于办理刑事案件电子数据鉴定规则（草案）》，第五章为网络犯罪刑事诉讼法的立法完善，提出了《刑事诉讼法修正案（草案）》。本书第一至四章中，每章又分为三个部分，分别为草案条文、草案条文的说明和理由、草案所要解决的主要问题的实证案例分析，以期理论研究与司法实践相结合。第五章为对《刑事诉讼法》相关条文进行修改的建议稿，按照《刑事诉讼法》现有条文顺序排列。

本书由田刚博士（中央民族大学法学院讲师）担任主编。在研究分工和撰写执笔上，本书由主编确定本书的整体思路和主要结构体例，并负责最后的修订和统稿，撰写人员包括（以姓氏笔画为序）：马康（中国政法大学刑事司法学院博士研究生）、田刚（中央民族大学法学院讲师）、付奇艺（中国政法大学刑事司法学院博士研究生）、柴华（中国政法大学刑事司法学院硕士研究生）、董林涛（中国政法大学刑事司法学院博士研究生）。在本书的编写过程中，董林涛博士承担了大量的编务工作，并负责了初稿的审读、修改，保证了本书的顺利出版，在此深表谢意。

虚拟性和技术性是网络犯罪的两大基本特征，面对信息时代的网络犯罪浪潮，很多情况下并非是犯罪的本质属性发生了变化，而是网络犯罪借助于网络技术和信息技术，将犯罪转移到虚拟的网络空间，犯罪的痕迹亦随之“数字化”，导致司法机关在认定、制裁犯罪时无所适从，客观上放纵了网络犯罪。网络犯罪对于刑事法律体系的冲击是全面性的，实体法和程序法都必须以全新视角审视自身，当前，我们最为迫切需要的不是理论而是行之有效的司法对策和立法对策，这亦是本书编写的初衷。

我们正站在网络法时代更新的大门口，网络法律体系法律规则

的建构是一个庞大又紧迫的课题，这不仅关系到中国法律的现代化进程，更关系到中国法律能否在时隔千年之后重新回到世界的前列。在这个变革的时代，从复杂多变的司法实践中，寻找问题的法律本质，回应司法、立法的困惑是每一个法律人的使命。本书编写组不敢妄谈本书之价值，但希望本书的出版能够引发更多的理论关注和实践回应，因此，本书真诚地期待学术界和法律实务界同仁的共同思考、批评指正。

本书系中国网络法律规则完善思路丛书的刑事诉讼法卷部分，丛书的初步设想是分为民商法卷、行政法卷、刑法卷和刑事诉讼法卷四本，以后视情况将会续加其他类别。本套丛书系教育部哲学社会科学重大课题攻关项目“信息时代网络法律体系的整体建构研究”的阶段性成果，同时亦是中国政法大学网络法研究中心文库的一部分。本书的出版，受到中国法制出版社的大力支持，尤其是刘峰、孙璐璐编辑从中做了大量的工作，在此深表谢忱！

目　录

第一章　网络犯罪案件调查取证领域的司法完善 …… 1

第一节　《关于办理网络犯罪案件调查取证若干问题的规定（草案）》 …… 1

第二节　《关于办理网络犯罪案件调查取证若干问题的规定（草案）》草拟说明及理由 …… 4

第三节　《关于办理网络犯罪案件调查取证若干问题的规定（草案）》实证案例分析 …… 35

第二章　技术侦查措施领域的司法完善 …… 44

第一节　《关于技术侦查措施具体应用法律若干问题的解释（草案）》 …… 44

第二节　《关于技术侦查措施具体应用法律若干问题的解释（草案）》草拟说明及理由 …… 46

第三节　《关于技术侦查措施具体应用法律若干问题的解释（草案）》实证案例分析 …… 70

第三章　刑事诉讼审查判断电子数据领域的司法完善 …… 85

第一节　《关于办理刑事案件审查判断电子数据若干问题的解释（草案）》 …… 85

第二节　《关于办理刑事案件审查判断电子数据若干问题的解释（草案）》草拟说明及理由 …… 88

第三节 《关于办理刑事案件审查判断电子数据若干问题的解释（草案）》实证案例分析 …… 137

第四章 刑事诉讼电子数据鉴定领域的司法完善 …… 164

第一节 《关于办理刑事案件电子数据鉴定规则（草案）》 …… 164
第二节 《关于办理刑事案件电子数据鉴定规则（草案）》草拟说明及理由 …… 168
第三节 《关于办理刑事案件电子数据鉴定规则（草案）》实证案例分析 …… 194

第五章 刑事诉讼法的未来立法完善 …… 205

第一节 电子数据规则的立法完善 …… 205
第二节 侦查人员勘验、检查、搜查规则的立法完善 …… 209
第三节 检析规则的立法完善 …… 212
第四节 技术侦查规则的立法完善 …… 214

第一章　网络犯罪案件调查取证领域的司法完善

第一节　《关于办理网络犯罪案件调查取证若干问题的规定（草案）》

第一条　为解决近年来公安机关、人民检察院、人民法院在办理网络犯罪案件收集电子数据时遇到的新情况、新问题，依法惩治网络犯罪活动，根据《中华人民共和国刑法》《中华人民共和国刑事诉讼法》及有关司法解释的规定，结合侦查实践，制定本规定。

第二条　除有特殊规定，本规定适用于以下案件：

（一）危害计算机信息系统安全的犯罪案件；

（二）通过信息系统和网络实施的犯罪案件；

（三）其他涉及电子数据收集的犯罪案件。

第三条　侦查人员调查取证时应当严格遵守法定程序，及时、全面、客观地调查、收集证据，不得对公民的合法权利造成不必要的损害。

第四条　侦查人员应当收集能够证明案件真实情况的事实信息、证明事实信息客观真实的鉴证信息以及承载上述信息的存储介质和电子设备。

第五条　收集、提取电子数据，应当由二名以上具备相关专业知识的侦查人员进行。取证设备和过程应当符合相关技术标准，并保证所收集、提取的电子数据完整、真实。

第六条 收集、提取电子数据，能够获取原始存储介质的，应当封存原始存储介质。具有下列情形之一，无法获取原始存储介质的，可以提取电子数据：

（一）原始存储介质不便封存的；

（二）提取计算机内存存储的数据、网络传输的数据等不是存储在存储介质上的电子数据的；

（三）原始存储介质位于境外的；

（四）其他无法获取原始存储介质的情形。

第七条 收集、提取电子数据应当制作笔录，记录案由、对象、内容，原始存储介质的封存状态或者不能获取原始存储介质的原因、原始存储介质的存放地点等情况，收集、提取电子数据的时间、地点、方法、过程，电子数据的清单、规格、类别、文件格式、完整性校验值等。笔录应当由侦查人员、电子数据持有人、提供人签名或者盖章，持有人、提供人无法签名或者拒绝签名的，应当在笔录中注明，由见证人签名或者盖章。

通过数据恢复、破解等方式获取被删除、隐藏或者加密的电子数据的，应当对恢复、破解过程和方法作出说明。

必要时，侦查人员应当对相关活动进行录像。

第八条 侦查人员对于与网络犯罪有关的信息系统应当进行勘验。在必要的时候，可以聘请其他具有专门知识的人，在侦查人员的主持下进行勘验。

第九条 侦查人员进行勘验时，应当固定、封存和收集电子数据，除非特殊情况，一般不得进行在线分析：

（一）不实施在线分析可能会导致电子证据灭失、变异的；

（二）不能关闭或扣押电子设备的；

（三）其他不进行在线分析可能会造成严重后果的情形。

在线分析是指在现场不关闭电子设备的情况下直接分析和提取电子设备中的数据。在线分析不能损害电子数据的完整性和真实性。

第十条 为了收集犯罪证据、查获犯罪人，经过批准，侦查人员

可以对可能隐藏犯罪证据的信息系统进行搜查。必要的时候，可以聘请具有专门知识的人参加。

第十一条　侦查人员进行搜查，应当取得搜查证。在执行逮捕、拘留的时候，遇有下列紧急情况之一，不另用搜查证也可以进行搜查：

（一）可能隐匿、毁弃、转移电子证据的；

（二）信息系统持有人或保管人同意的；

（三）其他紧急情况。

搜查结束后，搜查人员应当在二十四小时内向检察长或者县级以上公安机关负责人报告，及时补办有关手续。

第十二条　在侦查活动中发现的可用以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的电子数据、存储媒介和电子设备，应当查封、扣押；但与案件无关的电子证据、存储媒介和电子设备，不得查封、扣押。

持有人拒绝交出应当扣押的电子数据、存储媒介和电子设备的，侦查机关可以强制查封、扣押。

第十三条　侦查人员可以凭证明文件命令有关单位和个人提供其所控制的与案件有关的电子数据，命令网络服务提供者提供其控制范围内的与网络服务相关的用户数据。有关单位、个人应当对侦查人员调取电子数据的活动进行保密，违反保密义务的，应当承担法律责任。

第十四条　侦查机关办理案件，需要向本辖区以外的有关单位和个人调取电子数据的，办案人员应当携带工作证、证明文件和有关法律文书，与当地侦查机关联系，当地侦查机关应当予以协助。

必要时，可以向电子数据所在地的侦查机关发送办案协作函和相关法律文书请求代为调取电子数据。调取证据的函件应当注明取证对象的具体内容和确切地址。协作地的侦查机关经审查确认，在传来的法律文书上加盖本地侦查机关印章后，可以代为调查取证。

第十五条　对于符合刑事诉讼法第 148 条规定的犯罪类型的网络犯罪，侦查人员可以适用技术措施收集或者记录计算机系统传输的特定通信的实时往来数据和内容数据。

侦查人员可以命令网络服务提供者在技术范围内通过技术手段收集、记录或者协助侦查机关收集、记录计算机系统传输的特定通信的实时往来数据和内容数据。相关网络服务提供者应当保守秘密，违反保密义务的，应当承担法律责任。

第十六条 人民法院调查核实电子数据，进行勘验、查封、扣押、检析等活动时应当遵守本解释的相关规定。

第二节 《关于办理网络犯罪案件调查取证若干问题的规定（草案）》草拟说明及理由

第一条 制定解释的依据

为解决近年来公安机关、人民检察院、人民法院在办理网络犯罪案件收集电子数据时遇到的新情况、新问题，依法惩治网络犯罪活动，根据《中华人民共和国刑法》《中华人民共和国刑事诉讼法》及有关司法解释的规定，结合侦查实践，制定本规定。

◉说明及理由

中国计算机网络技术随着改革开放而迅猛发展起来。我国投入大量资金建设互联网基础设施。经过努力，截至2009年，“中国99.3%的乡镇和91.5%的行政村接通了互联网，96.0%的乡镇接通了宽带。”① 随着互联网基础设施的建设和完善，互联网也得到了较广的普及和应用。中国互联网络信息中心发布的《第33次中国互联网络发展状况统计报告》显示，截至2013年12月，中国网民规模达6.18亿，互联网普及率为45.8%。② 互联网深刻地改变了人类的生活方式

① 参见《中国互联网状况》，http://news.xinhuanet.com/politics/2010-06/08/c_12195221.htm，访问日期2014年8月5日。

② 参见《第33次中国互联网络发展状况统计报告》，http://chanye.07073.com/shuju/776968.html，访问日期2014年8月5日。

和行为方式，给人们的生活带来了极大便利，也促进了社会的巨大进步。与此同时，互联网的发展也不可避免地引发了网络犯罪的泛滥，侵害人们人身权利、财产权利，危害社会稳定甚至国家安全。网络犯罪包括危害计算机系统安全的犯罪，如非法侵入计算机系统罪、非法获取计算机数据罪；利用信息网络系统实施的犯罪，如网络诽谤、盗窃、诈骗等犯罪案件。“近年来，网络犯罪案件的发案数以30%的速度逐年递增，2012年全国公安机关累计查办各类网络犯罪案件11.8万件，抓获犯罪嫌疑人21.6万人。”① 根据赛门铁克诺顿公司发布的诺顿安全报告，2011年7月至2012年7月，中国估计有超过2.57亿人成为网络犯罪受害者，直接经济损失达人民币2890亿元。② 由此可见，网络犯罪呈高发状态，且增长迅速，受害人数众多，经济损失巨大。

为了应对迅猛蔓延的网络犯罪，我国不断修改完善网络犯罪的相关实体立法。1997年对1979年《刑法》进行修订时增设非法侵入计算机信息系统罪和破坏计算机信息系统罪，并在《刑法》第287条规定：“利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的，依照本法有关规定定罪处罚。”2000年12月28日全国人大会常委会颁布的《关于维护互联网安全的决定》明确了针对互联网或者利用、通过互联网实施的行为构成犯罪的多种情形。2009年3月1日生效的《刑法修正案（七）》根据前述情形增设了三个新的罪名，即非法获取计算机数据罪，非法控制计算机信息、系统罪和为非法侵入、控制计算机信息系统非法提供程序、工具罪。除了不断更新刑事实体立法，有关网络犯罪的实体司法解释也层出不穷，多达十余个，如最高人民法院、最高人民检察院《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释（一）》，最高人民法

① 参见《2012年中国互联网违法犯罪问题年度报告》，http://www.cpd.com.cn/attachment/2012baogao.pdf，访问日期2014年8月5日。

② 参见《诺顿网络安全报告：网络犯罪致中国年损失2890亿元》，http://news.xinhuanet.com/legal/2012-09/12/c_113056800.htm，访问日期2014年8月5日。

院、最高人民检察院《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》，最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》，最高人民法院、最高人民检察院《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》等。

反观我国网络犯罪的刑事程序立法和解释，在很长一段时间都停滞不前，基本上没有什么发展。刑事诉讼法修正之前，最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》（2012 年发布）（以下简称最高人民检察院《规则》），公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》（2012 年发布）（以下简称公安部《规定》），最高人民检察院《关于检察机关侦查工作贯彻刑诉法若干问题的意见》《计算机犯罪现场勘验与电子证据检查规则》（2005 年颁布），最高人民法院、最高人民检察院、公安部（以下简称“两院一部”）《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》中虽然对网络犯罪的刑事侦查程序有所规定，但是非常零散。《刑事诉讼法》第 48 条增加“电子数据”作为证据的种类之一，在第二编第二章“侦查”中增加技术侦查措施一节，至此立法才对网络犯罪有所规定。这标志着立法首次对网络犯罪进行了正面回应。但是，只是粗线条地规定了通过侦查措施调查、收集电子数据的程序，对勘验、搜查、扣押以获取电子数据的程序则没有规定，不够全面和完善。最高人民检察院《规则》基本延续之前关于电子数据调查取证的规定，没有突破和进步。公安部《规定》对电子数据的调查取证则几乎没有规定。2014 年 5 月 4 日颁布的两院一部《关于办理网络犯罪案件适用刑事诉讼程序若干问题的意见》对网络犯罪案件的范围、管辖、初查、跨地域取证、电子数据的取证与审查等做了规定，一定程度上弥补了网络犯罪调查取证程序的立法和解释不完整的缺陷。然而，对于网络犯罪的勘验、搜查、扣押、电子数据的提交和实时截获等问题依然没有涉及。因此，有必要起草一个新