



刑事审判参考

中华人民共和国最高人民法院
刑事审判第一、二、三、四、五庭 / 主办

【指导案例】

广州顺亨汽车配件贸易有限公司等走私普通货物案【第873号】

——在刑事案件中如何审查电子数据的证据资格以及如何认定走私共同犯罪中主、从犯

杜某故意杀人案【第877号】

——如何把握“综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑”

杨金凤、赵琪等诈骗案【第880号】

——自动投案的行为发生在犯罪嫌疑人被办案机关控制之后的是否成立自首

周龙苗等受贿案【第884号】

——非特定关系人凭借国家工作人员的关系“挂名”取酬并将财物分与国家工作人员的是否构成共同受贿

雷政富受贿案【第885号】

——以不雅视频相要挟，使他人陷入心理恐惧，向他人提出借款要求且还款期满后有能力归还而不归还的，是否属于敲诈勒索以及利用职务是否属于受贿

荣某被强制医疗案【第888号】

——如何理解和掌握强制医疗的实质性条件

【立法、司法规范】

《关于审理编造、故意传播虚假信息恐怖信息适用法律若干问题的解释》的理解与适用

【经验交流】

数罪并罚案件法律适用法官沙龙研讨综述

【司法理论前沿】

盗窃罪的认定思路与要点

【大案传真】

薄熙来受贿、贪污、滥用职权案





REFERENCE TO CRIMINAL TRIAL

2013年第4集·总第93集

刑事审判参考

中华人民共和国最高人民法院
刑事审判第一、二、三、四、五庭 / 主办



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事审判参考 2013 年第 4 集:总第 93 集 / 最高人民法院刑事审判
一至五庭主办. —北京:法律出版社,2014.3

(刑事审判参考)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6106 - 1

I. ①刑… II. ①最… III. ①刑事诉讼—审判—中国
—参考资料 IV. ①D925.218.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 038611 号

刑事审判参考(总第 93 集)

最高人民法院刑事审判一、二、三、四、五庭主办

编辑统筹 法律应用出版分社

责任编辑 聂颖

装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 翟国磊

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 20.25

字数 303 千

版本 2014 年 4 月第 1 版

印次 2014 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6106 - 1

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

2013年第4集·总第93集

刑事审判参考

编辑委员会

主 任: 沈德咏

副 主 任: 李少平 南 英 黄尔梅 刘学文

委 员: (以姓氏笔画为序)

马 岩	万永海	王晓东	叶晓颖	吕广伦
朱和庆	李 勇	李睿懿	沈 亮	张 明
周 峰	杨万明	苗有水	高贵君	党建军
韩维中	裴显鼎	颜茂昆	薛淑兰	戴长林

主 编: 南 英

副 主 编: 周 峰 裴显鼎 戴长林 杨万明 高贵君

执行编辑: 冉 容 刘晓虎 陈 攀 陆建红 方文军

特邀编辑:

朱 军 (北京)	肖晚祥 (上海)	程庆颐 (天津)
袁胜强 (重庆)	宋殿宝 (黑龙江)	李春刚 (吉林)
姜 阳 (辽宁)	范俊峰 (内蒙古)	张忻如 (山西)
陈庆瑞 (河北)	张正智 (山东)	吴远阔 (安徽)
陈增宝 (浙江)	楼建群 (江西)	蔡绍刚 (江苏)
陈建安 (福建)	陈殿福 (河南)	官文生 (湖北)
李宇先 (湖南)	黄建屏 (广东)	段洪彬 (海南)
韦宗昆 (广西)	袁彩君 (四川)	梅 育 (云南)
杨雪梅 (贵州)	李永强 (陕西)	董 颖 (宁夏)
张根虎 (甘肃)	王新林 (青海)	杨庭轶 (西藏)
袁 勤 (新疆)	张艳荣 (兵团分院)	蒲硕棣 (军事法院)

编辑说明

《刑事审判参考》系最高人民法院刑事审判庭主办的业务指导和研究性刊物,自1999年4月创办以来,秉承立足实践、突出实用、重在指导、体现权威的编辑宗旨,在编辑委员会成员、作者和读者的共同努力下,密切联系刑事司法实践,为刑事司法人员提供了有针对性和权威性的业务指导和参考,受到刑事司法工作人员和刑事法律教学、研究人员的广泛肯定和欢迎。

《刑事审判参考》作为最高人民法院用以指导全国各级人民法院刑事审判工作的唯一刊物,由最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭共同主办,最高人民法院沈德咏副院长担任编辑委员会主任,李少平、南英、黄尔梅副院长和刘学文专委担任副主任。南英副院长担任主编,各刑事审判庭庭长担任副主编。

根据《刑事审判参考》主编会的决定,自2012年始,《刑事审判参考》由原32开改版为特16开。改版后的《刑事审判参考》仍为双月刊,全年共出版六集,设有以下栏目:

【指导案例】选择在认定事实、采信证据、适用法律和裁量刑罚等方面具有研究价值的典型案例,详细阐明裁判理由,为刑事司法工作人员处理类似案件提供具体的指导和参考。

【立法、司法规范】刊登与刑事司法工作密切相关的法律、行政法规、部门规章、司法解释及其他规范性文件。

【刑事政策】最新的刑事司法政策,如最高人民法院领导在刑事审判工作会议上的讲话、刑事审判工作会议讨论的问题等。

【审判实务释疑】最高人民法院刑事审判庭解答在刑事审判工作中具有普遍指导价值的法律适用问题。

【司法理论前沿】摘要刊登近期刑事理论界、实务界最新研究成果,及时跟踪研究刑事审判中出现的新问题,为刑事司法人员提供最新理论参考。

【经验交流】地方司法机关制定的刑事司法规范性文件及其背景说明;地方各级人民法院在刑事审判工作中对于某些问题的处理政策和意见等。

【实务探讨】针对刑事司法工作中必须解决的疑难、复杂问题,刊登相关学者与司法人员的研究文章,为刑事司法工作人员提供解决相关问题的思路。

【大案传真】刊登在社会上影响较大的案件的有关裁判文书,及时传递大要案、热点案件的审判信息。

【疑案争鸣】针对实践中发生的疑难案例,对其中争议问题进行分析,给读者提供参与交流探讨的平台,推动相关问题的深入研究。

【裁判文书评析】选择典型裁判文书进行评析,展现法官智慧,指出不足,促进裁判文书制作水平的不断提高。

最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭

目 录

【指导案例】

广州顺亨汽车配件贸易有限公司等走私普通货物案[第 873 号]

——在刑事案件中如何审查电子数据的证据资格以及如

何认定走私共同犯罪中主、从犯

崔小军 许媛媛 1

王立军等信用卡诈骗案[第 874 号]

——窃取他人开卡邮件并激活信用卡使用的行为如何定性 范 莉 范 凯 12

郭松飞合同诈骗案[第 875 号]

——通过网络交易平台诱骗二手车卖家过户车辆并出具

收款凭据的行为如何定性

任素贤 于书生 18

周有文、陈巧芳合同诈骗案[第 876 号]

——通过支付预付款获得他人房产后以抵押方式向第三

人借款的,既有欺骗卖房人的行为,也有欺骗抵押权

人的行为,应当如何认定被害人

洪 彦 26

杜某故意杀人案[第 877 号]

——如何把握“综合全案证据,对所认定事实已排除合理

怀疑”

周小霖 33

黄某故意杀人案[第 878 号]

——在故意杀人案件中如何认定证据是否达到“证据确实、

充分”的证明标准以及对可能判处死刑的案件依法作

出无罪判决对刑事审判工作具有哪些示范意义

曾 琳 蔡富超 43

饶继军等盗窃案[第 879 号]

——盗窃金砂后加工成黄金销赃,盗窃数额应当以所盗金

砂价值认定,还是以加工成黄金后的销赃数额认定

肖良玉 何 庆 肖 凤 52

杨金凤、赵琪等诈骗案[第880号]

——自动投案的行为发生在犯罪嫌疑人被办案机关控制

之后的是否成立自首

宋振宇 王 鹏 56

熊毅编造虚假恐怖信息案[第881号]

——如何把握编造虚假恐怖信息罪“造成严重后果”的认

定

何东青 张昊权 61

李天龙、高政聚众斗殴案[第882号]

——聚众斗殴并驾车撞击对方的行为是否认定为持械聚

众斗殴,以及如何认定相关帮助行为的性质

姜琳炜 68

农海兴组织他人偷越国境案[第883号]

——被组织者在偷越国境线过程中被抓获的,能否认定组

织者组织他人偷越国境犯罪未遂

梁蓬勃 管星明 72

周龙苗等受贿案[第884号]

——非特定关系人凭借国家工作人员的关系“挂名”取酬并

将财物分与国家工作人员的是否构成共同受贿

郑晓红 周敏虎 77

雷政富受贿案[第885号]

——以不雅视频相要挟,使他人陷入心理恐惧,向他人提

出借款要求且还款期满后有能力归还而不归还的,是

否属于敲诈勒索以及利用职务便利为他人谋取利益,

授意他人向第三人出借款项,还款义务最终被免除

的,是否属于受贿

袁胜强 蒋佳芸 83

强制医疗案例专栏

朱某被强制医疗案[第886号]

——如何理解和适用强制医疗的条件

徐世亮 胡晓爽 91

宋某被强制医疗案[第887号]

——如何认定被申请人具有“继续危害社会的可能”以及如

何处理被申请人亲属提出的自行治疗、看管的申请

王 冲 侯孝文 97

荣某被强制医疗案[第 888 号]

——如何理解和掌握强制医疗的实质性条件 陆建红 102

高康球被强制医疗案[第 889 号]

——强制医疗决定程序、机制的改进与完善 简红星 陈 健 110

【立法、司法规范】

全国人民代表大会常务委员会

中华人民共和国商标法(2013 年修正) 115

全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定 131

国务院

关于取消和下放一批行政审批项目等事项的决定 133

中华人民共和国外资保险公司管理条例 155

最高人民法院

关于审理编造、故意传播虚假恐怖信息刑事案件适用法律若干问题的解释 162

《关于审理编造、故意传播虚假恐怖信息适用法律若干问题的解释》的理解与适用 吕广伦 王尚明 陈 攀 165

关于切实践行司法为民大力加强公正司法不断提高司法公信力的若干意见 174

关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见 188

【经验交流】

数罪并罚案件法律适用法官沙龙研讨综述 余 剑 张金玉 192

电信诈骗犯罪相关问题调研报告
——以上海市第一中级人民法院审理的案件为样本 任素贤 秦现锋 200

【司法理论前沿】

盗窃罪的认定思路与要点 黄祥青 211

【大案传真】

薄熙来受贿、贪污、滥用职权案

——山东省济南市中级人民法院刑事判决书 225

——山东省高级人民法院刑事裁定书 284

[第 873 号]

广州顺亨汽车配件贸易有限公司等 走私普通货物案

——在刑事案件中如何审查电子数据的证据资格
以及如何认定走私共同犯罪中主、从犯

一、基本案情

被告单位广州顺亨汽车配件贸易有限公司(以下简称广州顺亨公司),法定代表人林少伟。

被告单位深圳市创竞达实业有限公司(以下简称深圳创竞达公司),法定代表人詹素娟。

被告单位深圳市天芝柏贸易有限公司(以下简称深圳天芝柏公司),法定代表人杜毓义。

被告单位广州瀚盛贸易有限公司(以下简称广州瀚盛公司),法定代表人苏杰。

被告单位广州鸿桂源物资配件有限公司(以下简称广州鸿桂源公司),法定代表人林韶华。

被告单位广州顺泰昌汽配有限公司(以下简称广州顺泰昌公司),法定代表人许适棠。

被告单位广州市宏璟贸易有限公司(以下简称广州宏璟公司),法定代表人卢传喜。

被告人李木钦,系被告单位广州顺亨公司总经理。

被告人张树鸿,系香港鸿益贸易公司负责人。

被告人黄秋文,系广东新联进出口有限公司(以下简称广东新联公司)负责人之一。

被告人苏杰,系被告单位广州瀚盛公司总经理。

被告人施伟权,系被告单位广州鸿桂源公司总经理。

被告人陈海涛,系被告单位深圳创竞达公司实际负责人。

被告人庄楚镇,系被告单位广州顺泰昌公司负责人。

被告人许德才,系被告单位广州宏璟公司总经理。

被告人黄兆祥,非本案被告单位负责人和员工。

被告人李增坚,系被告单位广州顺亨公司业务员。

被告人劳英时,系珠海市新盈基进出口有限公司(以下简称珠海新盈基公司)财务主管。

被告人陈两宜,系被告单位深圳创竞达公司职员。

被告人李海祥,系被告单位深圳创竞达公司职员。

被告人陈泽波,系被告单位深圳天芝柏公司职员。

被告人唐丽平,系珠海新盈基公司职员。

被告人周泽鑫,系珠海新盈基公司职员。

被告人王龙,系珠海新盈基公司职员。

被告人许适棠,系广州市广园致友汽配城分场鸿星汽配经营部(以下简称广州鸿星汽配经营部)负责人。

(上述被告人其他基本情况略)

广东省广州市人民检察院以被告单位广州顺亨公司、深圳创竞达公司等,被告人李木钦、张树鸿、黄秋文、苏杰、施伟权、陈海涛、庄楚镇、许德才、黄兆祥、李增坚、劳英时、陈两宜、李海祥、陈泽波、唐丽平、周泽鑫、王龙、许适棠等犯走私普通货物罪,向广州市中级人民法院提起公诉。

被告单位广州顺亨公司、深圳创竞达公司等,被告人李木钦、陈海涛等对公诉机关指控的事实和罪名不持异议。

部分被告单位、被告人对公诉机关指控的犯罪数额、海关计税方法提出异议,并提出本案据以认定犯罪数额的电子证据证明力弱等意见。

广州市中级人民法院经公开审理查明：

2007 年至 2009 年 3 月间，被告单位广州顺亨公司为谋取不法利益，经总经理被告人李木钦决定，指使该公司职员被告人李增坚具体操作和联系，将被告单位广州顺泰昌公司、广州宏璟公司以及香港鸿益贸易公司、广州鸿星汽配经营部委托该公司包税进口的汽车配件和其自购的进口汽车配件，以明显低于正常报关进口应缴税款的价格，转委托被告单位深圳创竞达公司、深圳天芝柏公司、广州瀚盛公司及广东新联公司等单位包税进口，从中赚取包税差价。经海关关税部门核定，广州顺亨公司（李木钦、李增坚）走私进口汽车配件 277 个货柜，偷逃应缴税额人民币（以下币种同）108 094 245.41 元。

被告单位广州顺泰昌公司、广州宏璟公司及香港鸿益贸易公司、广州鸿星汽配经营部为降低进口汽车配件成本，少缴进口关税，在明知被告单位广州顺亨公司伙同其他单位采用低报价格、伪报品名和藏匿等手段走私进口汽车配件的情况下，经各自的负责人被告人庄楚镇、许德才、张树鸿、许适棠决定，将其单位或者个人自购或其他客户委托其进口的汽车配件，以明显低于正常报关进口应缴税款的价格委托被告单位广州顺亨公司包税进口。香港鸿益贸易公司为减少中间环节，经张树鸿决定和经手，还将部分进口汽车配件以明显低于正常报关进口应缴税款的价格直接委托被告单位深圳创竞达公司、深圳天芝柏公司等单位包税进口。香港鸿益贸易公司还利用其在香港的鸿益货场，为广州顺亨公司、广州顺泰昌公司等单位或者个人从美国、新加坡等国家和地区购买和运输至香港或者在香港直接购买的进口汽车配件进行集装箱拼装、压缩、再包装、藏匿等，为将上述货物从香港走私入境提供便利。经海关关税部门核定，张树鸿（香港鸿益贸易公司）参与走私进口汽车配件 167 个货柜，偷逃应缴税额 62 198 632.32 元；广州顺泰昌公司（庄楚镇）走私进口汽车配件 61 个货柜，偷逃应缴税额 17 231 714.75 元；广州宏璟公司（许德才）走私进口汽车配件 19 个货柜，偷逃应缴税额 5 681 951.26 元；许适棠（广州市鸿星汽配经营部）走私进口汽车配件 10 个货柜，偷逃应缴税额 1 899 900.35 元。

被告单位深圳创竞达公司、深圳天芝柏公司及广东新联公司（另案处理）为获得非法利益，由其各自的负责人被告人陈海涛、陈浩儒（另案处理）、

黄秋文决定,深圳天芝柏公司利用深圳市佳立维电子有限公司、深圳市合德贸易有限公司、深圳市鼎江投资有限公司(原名深圳市淦江投资有限公司)等公司的名义,深圳创竞达公司利用深圳市明智创业贸易有限公司、深圳市永德金工贸有限公司、广州海函机电设备有限公司等公司的名义,由职员被告人李海祥、陈两宜、陈泽波等人具体操作,修改进口货物的真实价格、数量和品名等,制作虚假的报关资料,委托报关公司采用低报价格、伪报品名和藏匿等手段,将被告单位广州顺亨公司、香港鸿益贸易公司等单位委托其包税进口的汽车配件走私进境。经海关关税部门核定,深圳创竞达公司(陈海涛)走私进口汽车配件170个货柜,偷逃应缴税额67 742 309.98元,其中李海祥参与走私进口汽车配件103个货柜,偷逃应缴税额42 314 922.95元,陈两宜参与走私进口汽车配件15个货柜,偷逃应缴税额6 108 170.53元;深圳天芝柏公司走私进口汽车配件116个货柜,偷逃应缴税额46 842 717.47元,其中陈泽波参与走私进口汽车配件100个货柜,偷逃应缴税额40 763 473.06元;广东新联公司(黄秋文)走私进口汽车配件31个货柜,偷逃应缴税额11 515 840.05元。

被告单位广州瀚盛公司、广州鸿桂源公司为谋取不法利益,分别由被告人苏杰、施伟权决定和操作,以明显低于正常报关进口应缴税款的价格,将被告单位广州顺亨公司及杭州新德通公司、杭州红马公司、杭州鑫亚新公司、广州钜安公司、广州运德公司、广州市越秀区立德汽配商行、杨宇公司、黎仕能等客户委托其包税进口的汽车配件,转委托珠海新盈基公司包税进口,从中赚取包税差价。经海关关税部门核定,广州瀚盛公司(苏杰)走私进口汽车配件95个货柜,偷逃应缴税额21 019 877.85元;广州鸿桂源公司(施伟权)走私进口汽车配件65个货柜,偷逃应缴税额19 008 236.17元。

珠海新盈基公司为获得非法利益,由其负责人的黄俊铿(另案处理)决定,指使公司财务人员被告人劳英时、业务员被告人唐丽平、周泽鑫、王龙修改进口货物的真实价格、数量和品名等,制作虚假的报关资料,收取包税费用等,委托报关公司采用低报价格、伪报品名和夹藏等手段,将被告单位广州瀚盛公司、广州鸿桂源公司、被告人黄兆祥委托其包税进口的汽车配件走私进境。经海关关税部门核定,珠海新盈基公司(劳英时、唐丽平、周泽鑫、王龙)走私进口汽车配件179个货柜,偷逃应缴税额45 831 362.37元;黄兆

祥走私进口汽车配件 18 个货柜,偷逃应缴税额人民币 3 296 828.91 元。

广东省广州市中级人民法院认为,被告单位广州顺亨公司、深圳创竞达公司、深圳天芝柏公司、广州瀚盛公司、广州鸿桂源公司、广州顺泰昌公司、广州宏璟公司,被告人张树鸿、黄兆祥、许适棠违反国家法律,逃避海关监管,走私普通货物进境,偷逃应缴税额特别巨大,其行为均构成走私普通货物罪。被告人李木钦、陈海涛、黄秋文、苏杰、施伟权、庄楚镇、许德才系犯罪单位的直接负责的主管人员,被告人劳英时、李增坚、陈两宜、李海祥、陈泽波、唐丽平、周泽鑫、王龙是犯罪单位的其他直接责任人员,其行为均构成走私普通货物罪,且犯罪情节特别严重。被告单位广州顺亨公司、深圳创竞达公司、深圳天芝柏公司,被告人李木钦、张树鸿、陈海涛、黄秋文在共同犯罪中起主要作用,是主犯,依法应当按照其所参与的全部犯罪处罚。被告单位广州瀚盛公司、广州鸿桂源公司、广州顺泰昌公司、广州宏璟公司,被告人苏杰、施伟权、庄楚镇、许德才、黄兆祥、许适棠、李增坚、劳英时、陈两宜、李海祥、陈泽波、唐丽平、周泽鑫、王龙在共同犯罪中所处地位和作用次要,是从犯,依法减轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第一百五十三条第一款第三项、第二款、第三款,第三十条,第三十一条,第二十五条,第二十六条第四款,第二十七条,第六十五条第一款,第六十八条,第五十二条,第五十三条,第六十四条之规定,判决如下:

1. 被告单位广州顺亨汽车配件贸易有限公司犯走私普通货物罪,判处罚金人民币一亿一千万元。

(其他被告单位判罚情况略)

2. 被告人李木钦犯走私普通货物罪,判处有期徒刑十四年。

3. 被告人张树鸿犯走私普通货物罪,判处有期徒刑十二年,并处罚金人民币六千三百万元。

(其他被告人判罚情况略)

4. 查封和扣押的本案各被告单位和被告人的违法所得、作案工具,均依法予以没收,上缴国库;继续追缴本案各被告单位和被告人的违法所得,依法予以没收,上缴国库。

一审宣判后,被告单位广州鸿桂源公司,被告人李木钦、张树鸿、黄秋

文、苏杰、施伟权、陈海涛、庄楚镇、黄兆祥、劳英时不服,均提起上诉。

广东省高级人民法院经审理认为,一审判决认定的事实清楚,证据确实、充分,定罪准确,量刑适当,审判程序合法,遂裁定驳回上诉,维持原判。

二、主要问题

1. 如何审查认定刑事案件中电子数据的证据资格?
2. 如何准确认定走私共同犯罪中的主、从犯?

三、裁判理由

(一)关于刑事案件中电子数据证据资格的认定

本案中,证据方面最具争议的是对关于电子数据的证据资格认定问题。本案各被告单位、被告人走私的货物为汽车零配件,包括冷却器、滤芯、大灯、排气门等,根据证据材料反映,一票实际到货清单少则几百项,多则上千项,包括厂商、名称、车型、集装箱号、代码等多项内容。真实的上货清单既是估算“包税价”的依据,也是保证“交易”双方信守契约的重要凭证。本案非法交易涉及多个包税人,且系层层转包,各被告人为确保各类数据在传送过程不遗漏、不受损,没有采用传统的电话、传真等传输手段,而是选择网络传输途径。因此,本案的被告单位和被告人,从老板到经办文员,从签订合同、单证往来,到付汇、收款等,均用电子邮件、MSN、QQ等进行。对于这些电子书证、物证,如何运用证据裁判原则审查其是否具有证据资格,将直接影响案件事实的认定。

电子数据,是指基于计算机应用、通信和现代管理技术等电子化技术手段形成的包括文字、图形符号、数字、字母等的客观资料。2012年修改后的刑事诉讼法首次以基本法的形式明确了“电子数据”的证据地位。实践中,电子数据主要分为三类:视听资料、勘验检查笔录、鉴定意见。它包括三种基本形式:(1)计算机输入、存储、处理(包括统计、综合、分析)、输出的数据;(2)按照严格的法律及技术程序,利用计算机模拟得出的结果;(3)按照严格的法律及技术程序,对计算机及其系统进行测试得出的结果。^①关于电子数

^① 参见皮勇:《网络犯罪比较研究》,中国人民公安大学出版社2005年版,第14页。

据的审查认定,最高人民法院等五机关 2010 年出台的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第二十九条规定:“对于电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、网络博客、手机短信、电子签名、域名等电子证据,应当主要审查以下内容:(一)该电子证据存储磁盘、存储光盘等可移动存储介质是否与打印件一并提交;(二)是否载明该电子证据形成的时间、地点、对象、制作人、制作过程及设备情况等;(三)制作、储存、传递、获得、收集、出示等程序和环节是否合法,取证人、制作人、持有人、见证人等是否签名或者盖章;(四)内容是否真实,有无剪裁、拼凑、篡改、添加等伪造、变造情形;(五)该电子证据与案件事实有无关联性。对电子证据有疑问的,应当进行鉴定。对电子证据,应当结合案件其他证据,审查其真实性和关联性。”2012 年刑事诉讼法修改后,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称《解释》)第九十三条专门就电子证据的审查进行了规定。该条规定:“对电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博客、手机短信、电子签名、域名等电子数据,应当着重审查以下内容:(一)是否随原始存储介质移送;在原始存储介质无法封存、不便移动或者依法应当由有关部门保管、处理、返还时,提取、复制电子数据是否由二人以上进行,是否足以保证电子数据的完整性,有无提取、复制过程及原始存储介质存放地点的文字说明和签名;(二)收集程序、方式是否符合法律及有关技术规范;经勘验、检查、搜查等侦查活动收集的电子数据,是否附有笔录、清单,并经侦查人员、电子数据持有人、见证人签名;没有持有人签名的,是否注明原因;远程调取境外或者异地的电子数据的,是否注明相关情况;对电子数据的规格、类别、文件格式等注明是否清楚;(三)电子数据内容是否真实,有无删除、修改、增加等情形;(四)电子数据与案件事实有无关联;(五)与案件事实有关联的电子数据是否全面收集。对电子数据有疑问的,应当进行鉴定或者检验。”根据《解释》第九十四条的规定,视听资料、电子数据经审查无法确定真伪或者制作、取得的时间、地点、方式等有疑问,不能提供必要证明或者作出合理解释的,不得作为定案的根据。

根据上述规定,结合实际情况,我们认为,判断本案电子邮件、QQ 聊天记录、电子账单和报关材料等电子数据是否具备证据能力,主要从证据的

“三性”入手。“三性”审查是对《解释》规定的逻辑归纳,包含了《解释》关于电子证据审查的全部内容。

一是真实性,即电子数据所表达的内容或者证据事实是真实的,不是想象、臆测或者虚构的。如同视听资料一样,电子数据作为信息技术的产物,容易存在拼凑、篡改、增删等伪造、变造的情形。因此应当首先审查电子数据内容的真实性,包括电子数据的来源,即电子数据形成的时间、地点、对象、制作人、制作过程及设备情况;电子数据的收集、传送和保存方法。必要时,还可通过鉴定的方式确认电子数据的真实性。

本案中,侦查机关现场固定电子数据时采用了“封存—扣押”模式:召集见证人—切断电源及接口—封存介质—拍照、录像固定—制作搜查笔录和扣押清单—送有资质部门鉴定。对于计算机中未被删除的数据,在其他证据足以佐证的前提下,采用了“打印—确认”模式。最终固定、提取涉案电脑100多台,一批U盘、移动硬盘、手机卡等存储介质。侦查机关在获得上述电子数据材料后即提交给电子数据鉴定机关进行鉴定,鉴定意见均在法庭审理时予以出示并进行质证。同时,侦查机关对扣押的100多台电脑进行分析,在不破坏数据的情况下,对现有数据提取、分析,对已删除数据恢复后提取,并使用60部只读设备和电子数据专业分析软件,解决对已删除数据的固定、分析难题。所有提取、固定的电子证据材料,在侦查和起诉阶段均打印成文字件,交由相关的被告人及证人进行签认。

值得一提的是,本案中侦查机关在网络取证中还进行了向第三方取证。向第三方取证,就是向中立第三方调取电子数据,它是计算机取证体系的重要组成部分。第三方包括网络服务提供商、电子数据交换机构、电子证据鉴定机构、案外第三人等。在我国,向第三方取证作为计算机取证的成熟手段之一,具有明确的法律依据,如《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》、《互联网信息服务管理办法》等,均明确规定了网络服务商具有提供电子证据的协助义务。本案中,侦查机关通过电子邮件所属服务商确定网络服务商的地址,向服务商调取了30个涉案邮箱中的20万封电子邮件,经过筛选后将其中与本案有关联的部分作为电子数据材料提交法庭。同时,向第三方取证的数据材料均由第三方单位存储在只能读不能写的光盘里面,