

西南政法大学证据法学研究中心

潘金贵 主编

● 证据法理

电子数据冻结程序运行障碍析解 王志刚 杨敬

● 前沿聚焦

我国刑事庭审质证规则的规范分析 王彪

● 实证研究

排除合理怀疑标准的司法适用研究 孙琳 潘基俊

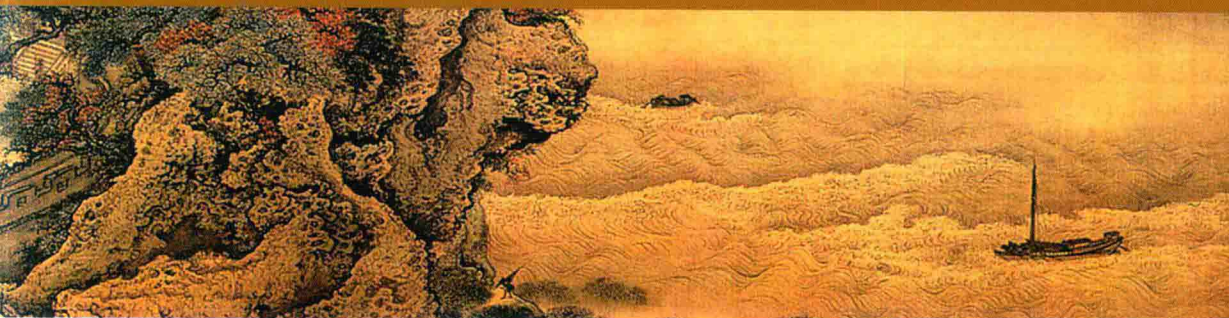
● 异域法苑

论韩国民事诉讼中的自由心证主义 包冰锋

证据法学论丛

ZHENGJU FAXUE LUNCONG

第六卷



中国检察出版社

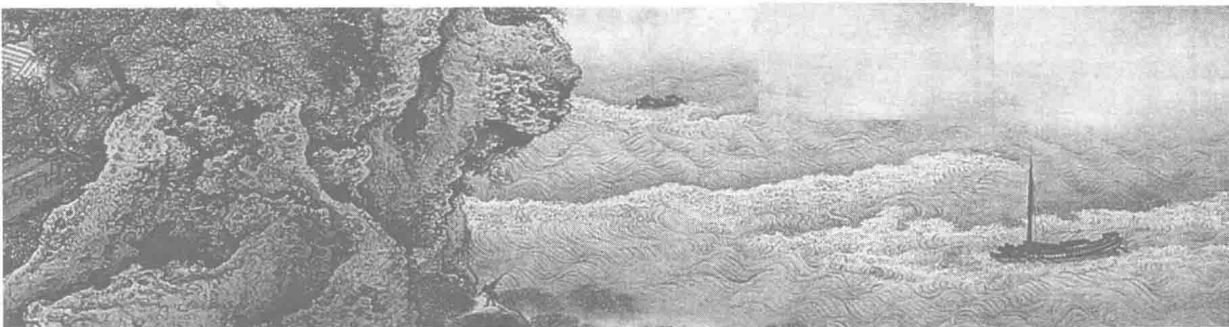
西南政法大学证据法学研究中心

潘金贵 主编

证据法学论丛

ZHENGJU FAXUE LUNCONG

第六卷



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

证据法学论丛·第六卷/潘金贵主编. —北京: 中国检察出版社, 2017. 11
ISBN 978 - 7 - 5102 - 2007 - 4

I. ①证… II. ①潘… III. ①证据 - 法学 - 文集 IV. ①D915.130.1 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 263855 号

证据法学论丛 (第六卷)

潘金贵 主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 109 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjcbs.com)

编辑电话: (010) 86423751

发行电话: (010) 86423726 86423727 86423728

经 销: 新华书店

印 刷: 北京朝阳印刷厂有限责任公司

开 本: 710 mm × 960 mm 16 开

印 张: 23.5

字 数: 430 千字

版 次: 2017 年 11 月第一版 2017 年 11 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 2007 - 4

定 价: 70.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

《证据法学论丛》编辑委员会

学术顾问：徐静村

编委会主任：潘金贵

编委会委员：张步文 熊志海 刘梅湘

张吉喜 颜 飞 王剑虹

包冰锋 王 彪

主 编：潘金贵

学术秘书：李冉毅

目 录

卷首视点

非法证据排除：在缺憾中前行

——基于《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》的思考

潘金贵 / 001

证据法理

电子数据冻结程序运行障碍析解

王志刚 杨 敏 / 007

错案预防视野下的证据排除规则研究

向 燕 朱一博 / 019

论被追诉人阅卷权

——以欧洲人权法院判例和欧盟法为视角

林 倩 / 036

论刑事诉讼中私人违法获取证据的证据能力

张 波 冯科臻 / 067

论书证提出命令中的秘密保护

赵珂瑞 / 084

前沿聚焦

我国刑事庭审质证规则的规范分析

王 彪 / 099

刑事庭审质证规则的正当性阐释

王志坚 / 105

我国刑事庭审质证规则存在的主要问题及原因分析

黄 琪 / 118

刑事诉讼中科学证据质证规则初探

张嘉艺 / 126

实证研究

- 排除合理怀疑标准的司法适用研究 孙琳 潘基俊 / 136
- 排除合理怀疑司法适用探析
——兼评几则案例的处理 周玲 孔德伦 / 164
- 逮捕证明标准适用实证研究
——以 C 市检察机关为视角 唐海东 / 175
- 追寻证据法的“中国心”
——快播案庭审引发的启示 陈星亮 / 199

异域法苑

- 论韩国民事诉讼中的自由心证主义 包冰锋 / 218
- 真相的抑制：美国、加拿大、英国和澳大利亚非法获得证据的司法排除
[澳] 德布拉·奥斯本 著 张全涛 译 / 230
- 瑞士刑事诉讼中的电子证据
[瑞] 波特林德·佩兰 马克·雷西 罗曼·罗贝蒂 著 唐昕驰 译 / 256
- 《路易斯安那州证据法》与《联邦证据规则》的三十九个区别
[美] 谢内奎·L. 格雷 著 赵飞龙 译 / 266
- 为证明责任而战：来自战壕的报告
[美] 迈克尔·D. 西奇尼 著 孙明泽 译 / 321
- 电子数据证据的搜查令状对无效数据的使用限制
[美] 奥林·S. 科尔 著 孙潇琳 译 / 354

● 卷首视点

非法证据排除：在缺憾中前行

——基于《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》的思考

潘金贵*

为了准确惩罚犯罪，切实保障人权，规范司法行为，促进司法公正，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部（以下简称“两高三部”）于2017年6月27日联合发布了《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》（以下简称《严格排非规定》），并于当日起施行。较之2010年7月1日，“两高三部”联合发布并于当日施行的《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》，新的司法解释突出了“严格排除”的基本精神。《严格排非规定》发布以后，不少学者纷纷发表看法，司法实务部门尤其是“两高”的专家们，也从各自的角度对其作了解读，基本上是颂扬之声，即使有些许“差评”，也大多是一笔带过。而一线办案的同志们，反应则较为平静，可谓“波澜不惊”。笔者对非法证据排除规则略知一二，对司法实践也有所了解，故对于《严格排非规定》的出台，颇感“淡定”。在笔者看来，《严格排非规定》的出台，进一步彰显了我国遏制非法取证尤其是严禁刑讯逼供的法治态度，但同时也再一次证明：我国在立法和司法实践中，要真正确立和严格贯彻行之有效的非法证据排除规则还任重而道远！

一、非法证据排除规则的发展历程：从漠视到重视

回溯我国非法证据排除规则在立法与实践中的发展历程，大致可以分为两

* 西南政法大学法学院教授，博士生导师，西南政法大学证据法学研究中心主任。

个阶段：

(一) 第一阶段为 2010 年以前，基本特点是非法证据排除问题在立法和实践中均被漠视

在立法层面，我国 1979 年刑事诉讼法并无非法证据排除规则的规定，该法第 32 条规定“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据”。通说认为，该条体现了禁止非法取证的精神，但并不是非法证据排除规则。1996 年刑事诉讼法修订时同样未对非法证据排除规则作出规定。直到 2010 年“两高三部”发布《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》（以下简称“两个规定”）之前，非法证据排除规则在我国立法上可谓是空白。如果说 1979 年刑事诉讼法未对非法证据排除规则作出规定，在当时的特定历史条件下尚“情有可原”的话，在 1996 年之后，我国法制环境已经有很大改善，理论界和实务界已经对非法证据排除规则较为关注的情况下，直到 2010 年才在司法解释中对非法证据排除规则作出相对明确的规定，足见我国立法长期以来对非法证据排除规则的“漠视”。而在司法实践中，更是鲜有非法证据排除的案例。一些案件，法官并不是不清楚存在刑讯逼供等非法取证的问题，但基本都采取了“宽容”的做法，乃至有的学者称为在中国司法实践中非法证据是“零排除”——近几年来平冤昭雪改判无罪的案件，多是在 1996 年至 2010 年期间形成的，其中无一不涉及侦查阶段的刑讯逼供问题。因此，在此阶段，认为我国非法证据排除规则在立法或实践中基本被“漠视”并不为过。

(二) 第二阶段为 2010 年至《严格排非规定》出台，基本特点是非法证据排除规则在立法和实践中逐渐被重视

2010 年发布的“两个规定”虽然是在“赵作海”案件的压力下仓促出台的“应景之作”，作为司法解释其法律位阶较低，但在我国刑事证据制度发展史上具有里程碑意义：其一，在我国刑事诉讼长期缺乏证据规则指引尤其是证据审查基本规范的情况下，“两个规定”建立了基本的、相对系统的证据规则体系；其二，在我国刑事诉讼立法长期对非法证据排除问题漠视的情况下，“两个规定”第一次旗帜鲜明地规定了非法证据排除规则，具有重要的昭示意义。2012 年刑事诉讼法再修改时，在法典层面明确规定了非法证据排除规则，更是标志性的重大举措。其后，2013 年中央政法委发布的《关于切实防止冤假错案指导意见》、最高人民检察院发布的《关于切实履行检察职能防止和纠正冤假错案的若干意见》、最高人民法院发布的《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》（以下简称《防冤工作机制意见》）等一系列以防止冤

假错案为核心的司法政策性文件中，均涉及非法证据排除规则。2014年，十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确指出：“健全落实罪刑法定、疑罪从无、非法证据排除等法律原则的法律制度。完善对限制人身自由司法措施和侦查手段的司法监督，加强对刑讯逼供和非法取证的源头预防，健全冤假错案有效防范、及时纠正机制。”从而将非法证据排除规则上升到依法治国重大问题的高度。在《严格排非规定》出台的同月6日，最高人民法院发布了“三项规程”，其中之一为《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程（试行）》，足见人民法院对非法证据排除规则的重视。而《严格排非规定》的出台，无疑是我国立法在健全非法证据排除规则方面作出的最新努力。随着立法对非法证据排除规则的日益重视和不断完善，以及司法理念的更新，司法实务部门也逐渐重视非法证据排除规则的应用，在一些案件的办理过程中，非法证据排除问题往往成为控辩裁三方关注的焦点。而在侦查、起诉、审判的不同环节，司法实践中，也出现了一些严格适用非法证据排除规则，排除了非法证据，甚至因此作出了无罪裁判的案件。尽管非法证据排除规则的实践效果总体上还差强人意，但是该规则在司法实践中日益受到重视是不争的事实。

二、《严格排非规定》浅评：亮点不足，问题不少

《严格排非规定》的出台，在笔者看来，所谓“严格排非”，更多具有宣示意义。虽然该《规定》在少数问题上略有突破，或许称得上有些许“亮点”，但是总体上看，很多条文不过是原有规定的“翻版”，创新不够，保守有余，甚至在个别问题上较之以前的规定有所退步，可谓“亮点不足，问题不少”。鉴于学界已经对《严格排非规定》的“亮点”渲染很多，而有知名律师也已经撰文直言不讳地指出其存在“九大败笔”，故此，笔者不再评述，而仅从宏观层面，就其中存在的主要问题略抒己见。

（一）回避“疲劳审讯”等急需解决的非法证据排除中的焦点问题，是《严格排非规定》未能真正体现“严格排非”的最大败笔

在原本已经有相对较多的涉及非法证据排除的法律规定的情况下，《严格排非规定》要真正起到严格排除非法证据的效果，就必须敢于正视学界和实务界都关注的急需解决的焦点问题，要有“敢于正视淋漓的鲜血”的勇气和“做了多年想做却没有做成的事”的决心。然后，该规定却是“王顾左右而言他”，对于学界高度关注，司法实践中争议很大，急需解决的焦点问题避而不谈。其中，最为典型的的就是“疲劳审讯”问题。现在司法实践中，随着侦查人员法治意识和整体素养的提高，像以前直接施行残酷的肉刑折磨而进行刑讯

逼供的情形已经大为减少，更多的是使用变相肉刑，其中使用最多的就是疲劳审讯。而何为疲劳审讯？早在2013年最高人民法院发布的《防冤工作机制意见》第8条“采用刑讯逼供或者冻、饿、晒、烤、疲劳审讯等非法方法收集的被告人供述，应当排除”出台后，一直在理论界和实务界存在非常大的争议。但该条的规定至少明确了疲劳审讯获取的供述应当排除，而且实践中也有一些据此排除口供的案例。据笔者所知，在最高人民法院最初起草的《严格排除非法证据规定（征求意见稿）》（以下简称《征求意见稿》）中，曾就疲劳审讯问题专门作出规定：“讯问犯罪嫌疑人、被告人，应当保证每日不少于8小时的连续休息时间。采用违反上述规定的疲劳讯问方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述，应当予以排除。”而司法实践中，已经有的地方侦查机关在实行“8小时”讯问规则，如重庆市检察机关在2015年底起即已经在职务犯罪侦查中要求贯彻8小时讯问的规则以防止疲劳审讯。在司法解释已经对疲劳审讯有所规定和实务部门对此已经有实践做法的情况下，《严格排非规定》却对此重大问题避而不谈，甚至连“冻、饿、晒、烤”也不再提及。立法具有导向作用，在笔者看来，这已经不是回避焦点的问题，而是有纵容“冻、饿、晒、烤、疲劳审讯等非法方法”之嫌，是立法上的退步。此外，对于何为“引诱”“欺骗”的非法取证方法、“超期羁押”获取的供述应否排除等争议较大，急需解决的问题《严格排非规定》也未作出回应。该解决的问题未解决，这或许是《严格排非规定》无法真正严格起来的关键所在。

（二）“违法使用戒具”“非法拘禁”等非法方法的认定，可操作性不强，将导致“亮点不亮”，形同虚设

《严格排非规定》首次规定采取“违法使用戒具”“非法拘禁”的方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述，应当予以排除。这被一些学者认为是新的“亮点”之一。但笔者认为，违法使用戒具、非法拘禁的非法取证方法，可操作性并不强。首先，认定违法使用戒具会面临缺乏法律依据的问题。迄今为止，公安机关和自侦部门并无专门的使用戒具的规定，涉及戒具使用的规定散见于各种规章文件中，其中较为重要的是1996年国务院发布的《人民警察使用警械和武器使用条例》，而其中涉及械具使用的条文本身就很粗疏和简单，如此将导致如何认定是违法使用戒具缺乏法律依据。此外，侦查实践中，戒具使用的必要性标准并无明确规定，合法与违法使用的界限很难分清，尺度很难把握。其次，针对犯罪嫌疑人、被告人采取非法拘禁的方法进行取证，也很难认定。实践中，针对侦查对象采取剥夺、限制人身自由的非法取证方法，确实属于非法拘禁行为，但这基本上发生在立案之前，而立案之前的侦查对象的身份并非犯罪嫌疑人、被告人，此间其对犯罪事实的陈述并非犯罪嫌疑人、被告

人的供述，严格来说并不能适用《严格排非规定》。而在立案之后，侦查机关对犯罪嫌疑人完全可以通过强制措施的适用来控制其人身自由以达到获取口供的目的，没有必要冒非法拘禁的风险。如果是超期羁押，在没有明确解释超期羁押属于非法拘禁之前，也无法适用《严格排非规定》，何况其本身就回避了超期羁押属于非法取证方法。因此，所谓亮点，或许终将形同虚设。

（三）坚持认定刑讯逼供的高标准，是《严格排非规定》未能真正“严格排非”的体现

非法证据排除规则最主要的目的是遏制刑讯逼供及其他非法取证方法，但是我国此前法律规定对于刑讯逼供的认定强调了极高的标准，即需要达到“酷刑”程度。“两高”关于刑事诉讼法实施的司法解释中所采用的“剧烈疼痛或者痛苦”的表述即这种“高标准”的体现，亦即有学者所称的“痛苦规则”。《严格排非规定》创新性地采用了“难以忍受的痛苦”的表述，此标准或许比“剧烈疼痛或者痛苦”还要高，因为有的剧烈疼痛或者痛苦未必就达到难以忍受的程度。换言之，在更高的标准下，将更难认定刑讯逼供，亦将更难排除由此获取的非法证据。在笔者看来，要真正实现严格排非，就应当降低非法证据的认定标准，使得某些似乎较轻的非法取证行为都承担证据被排除的不利后果，而不是如《严格排非规定》反其道而行之，名为严格排非，实际上使排非更难。

（四）未规定非法取证的责任追究机制，不能从根本上遏制非法取证，无法真正实现严格排非的法律效果

侦查实践中，为何非法取证现象屡禁不止？根本原因在于即使非法证据被排除，侦查人员基本不会因为非法取证而付出代价，除非其行为已经严重到构成犯罪。要从根本上遏制非法取证，建立非法取证的责任追究机制或许是一剂良方，而制定《严格排非规定》原本是一个良好的契机。简单地讲，如果法院认定案件中存在非法取证而排除了非法证据，应当“责任倒查”相关侦查人员的责任，无论行政责任还是法律责任——当然，这个问题很复杂，或许需要制定更为详细的规则，但是至少《严格排非规定》应当有所涉及。而《严格排非规定》仅仅在第15条“轻描淡写”地提了一句：“侦查机关发现办案人员非法取证的，应当依法作出处理，并可另行指派侦查人员重新调查取证。”这种依赖于侦查机关“自查自纠”的处理，其效果可想而知，如何能够真正实现严格排非的法律效果？！

三、非法证据排除规则前瞻：在缺憾中前行

尽管笔者指出了《严格排非规定》可能存在的一些问题，但是也并不否

认其进步之处和实践意义。应当看到，在我国现行的司法体制下，非法证据排除这个敏感问题涉及侦、诉、审、辩四方的利益平衡和权力博弈，《严格排非规定》的出台就是各方平衡和博弈的结果！这尤其与我国并未真正实现以审判为中心，与“法院说了不算”有很大关系。非法证据排除规则原本就是用于约束和规制侦查机关的非法侦查行为的，而该规则的制定却需要与侦查机关协商甚至要经过其同意，这自然就“尴尬”了——侦查机关肯定不希望出台一个真正严格约束和控制其侦查行为的排非规定。这或许也就是《严格排非规定》无法严格的症结所在。据笔者所知，前述被回避的焦点问题其实在最高人民法院的《征求意见稿》中均已涉及，如《征求意见稿》除规定“疲劳审讯”的认定外，还规定了“采用非法拘禁、超期羁押的方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述，应当予以排除”，“采取以许诺法律不准许的利益等进行引诱或者指供的方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述，应当予以排除。采取以伪造物证、书证等进行欺骗的方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述，应当予以排除”等，然而，这些构想在《严格排非规定》中却不见踪影，这必然是妥协的结果。如果真正以审判为中心，实现司法解释一元化，“法院说了算”，或许我们看到的将是一个针对性强的真正意义上的严格排非的规定。

应当看到，中国实现依法治国，严格按照法律规则办事，或许还需要一个较长的过程，这从《严格排非规定》历经数年才姗姗来迟，且最终规则设置并不甚理想，可见一斑。但是，毕竟我国正在加强法治建设，往法治国家迈进，每前进一步都证明我们在努力。《严格排非规定》的出台就是我国在非法证据排除规则构建方面最新的进步和成绩。尽管存在一些缺憾，但是相信随着我国法治建设的发展，司法改革的推进，立法水平的提升，这些缺憾在不久的将来都会得到解决。非法证据排除规则的完善，正如中国的法治建设一样，将会在缺憾中不懈前行！

电子数据冻结程序运行障碍析解

王志刚* 杨 敏**

为规范电子数据的收集提取和审查判断,提高刑事案件办理质量,2016年9月20日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布的《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》(以下简称《电子数据规定》)首次提出了“电子数据冻结”程序。作为保护电子数据完整性的一种新方法,电子数据冻结程序的提出必然会给司法机关的侦查工作带来巨大挑战,司法机关如何应对这种挑战成为当下亟待解决的问题。本文试图对电子数据冻结的属性及其适用进行初步探讨,以抛砖引玉。

一、电子数据“冻结”概念的提出

(一) 诉讼语境中的“冻结”

冻结,“比喻阻止流动或变动”。^①如冻结人员、资金、物价等。法学意义上的冻结有两种含义,一是使变得固定而不能增加,如冻结利率、冻结价格;二是由政府命令或银行行动使其不动,^②如冻结资产、冻结银行账户。可见,冻结一词因为在法律环境下又衍生了其不同于传统汉语语境下的意义,更甚者,冻结在三大诉讼法的含义与性质也不尽相同。尽管法律没有专门对冻结一词作出解释,我们仍然可以通过对比研究三大诉讼法中关于“冻结的条款”,从中管窥冻结的含义与性质。

* 重庆邮电大学网络空间安全与信息法学院教授,法学博士。

** 重庆邮电大学网络空间安全与信息法学院诉讼法学专业硕士研究生。

① 参见《现代汉语词典》,“冻结”条,第233页。

② Black's Law Dictionary (9th Ed.) . West Group 2009, p. 737.

2014年新修改的《行政诉讼法》第12条第1款规定：“人民法院受理公民、法人或者其他组织提起的下列诉讼……（二）对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施和行政强制执行不服的……”可见，在行政诉讼法中，冻结是一种和查封、扣押并列的行政强制措施，而且主要是限制金融资产的流动的强制措施，既包括冻结银行存款、汇款和邮政企业汇款，也包括股票等有价值证券。

另据《刑事诉讼法》第142条，“人民检察院、公安机关根据侦查犯罪的需要，可以依照规定查询、冻结犯罪嫌疑人的存款、汇款、债券、股票、基金份额等财产……犯罪嫌疑人的存款、汇款、债券、股票、基金份额等财产……已被冻结的，不得重复冻结”。冻结同查询一样是我国侦查机关的一项法定职权，也是一种法定的强制性措施。尽管刑事诉讼法没有对冻结的性质作出明确规定，但我们可以从法条中推断，人民检察院和公安机关是为了侦查犯罪的需要才冻结犯罪嫌疑人的存款、汇款等。因此，这里的冻结可以理解为是一种对物的强制性措施。

2012年《民事诉讼法》第103条规定，“财产保全采取查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方法……”这里的冻结，是指人民法院向银行、证券公司等金融机构发出协助执行通知书，不准被执行人在一定期限内提取和转移该项存款、证券的执行措施。^①可见，民事诉讼法中的冻结不同于行政诉讼法和刑事诉讼法中的冻结，它是一种防止被执行人转移、隐匿财产的财产保全措施。

通过对三大诉讼法中相关“冻结”条款的梳理，可以得出结论：冻结在我国诉讼法上的属性主要是一种限制金融资产流动的强制性措施。除了民事诉讼中的财产保全外，包括冻结银行存款、汇款和邮政企业汇款，也包括股票等有价值证券。

（二）电子数据冻结的属性

通过上面的分析不难发现，在传统司法实践中，冻结一般仅限于财物，如存款汇款、股票、证券等。《电子数据规定》的出台，则使“电子数据冻结”出现于我国刑事司法实践当中。根据文本解读，笔者认为，所谓“电子数据冻结”即为防止电子数据被随意增删修改，运用技术手段对电子数据进行固定保全。

那么对于无形的电子数据是否能够冻结呢？我们可以通过分析电子数据冻结的可行性与必要性来回答这个问题。

^① 具体参见《中华人民共和国民事诉讼法（2012修正）释义》（第2版），载北大法宝。

1. 电子数据冻结的必要性

所谓电子数据取证,即通过各种合法取证手段对相关储存介质中的涉案信息进行发现、收集与固定。^①与传统证据相比,作为一种新的证据类型,电子数据在取证过程中更容易发生变化。比如,当行为人认为某份文件不具有保存价值时,只需用鼠标轻点“删除”指令,即可将文件删除,几乎不需要耗费任何时间和精力。^②英国高级警察协会(ACPO)在《数据证据良好实践指南》中指出,“操作系统和其他程序的经常更改,添加和删除电子内容存储都可以自动发生而不为用户所知”。^③也即,即使行为人没有对数据实施操作,电脑程序本身的运行也会导致电子数据的改变。电子数据脆弱易变的特征使得其极易遭到外来破坏,尽管被删除后的电子数据往往能够进行数据恢复,但相关恢复工作所耗费的时间很可能使案件侦查错过最佳时机,更遑论一些较为特殊的电子数据一旦破损灭失,便再难以修复和再现。此时,电子数据冻结的及时性就尤为突出了。

在传统司法实践中,侦查机关收集提取电子数据的方式主要是搜查、扣押。即扣押保存能证明案件事实的存储涉案数据的计算机设备或数据存储设备,采用扣押的方式能够有效阻止犯罪信息的进一步传播,减轻社会危害性。但搜查、扣押存在着很大的局限性,例如对于大型网站的计算机网络系统,就很难采用扣押全部设备的方式,即便是只扣押其中的某些数据库计算机系统,也可能使商业网站不能正常运作。^④除此之外,在当前及未来继续发展的云计算存储环境下,数据存储将呈现“分布式”的状态,即数据可以以碎片化的形式在不同位置得以保存。在分布式存储的状态下,侦查人员根本无法判断哪个是原始存储介质,甚至找不到原始存储介质的所在之地。涉案数据可能分散存储在不同的第三方平台,这使得扣押原始介质这种取证方式很难实现收集提取证据的目标^⑤。

2. 电子数据冻结的可行性

经过多年的发展,现有的取证技术已经日趋成熟。例如,数据复原技术、数据监控技术、密码破译技术、日志分析技术、数据复制技术、镜像备份技术

① 王永强、陈成:《职务犯罪侦查中电子数据取证问题研究》,载《湖南警察学院学报》2015年第5期。

② 陈永生:《电子数据搜查、扣押的法律规制》,载《现代法学》2014年第5期。

③ ACPO Good Practice Guide for Digital Evidence March 2012.

④ 皮勇:《电子证据的搜查扣押措施研究》,载《江西公安专科学校学报》2004年第1期。

⑤ 谢君译:《收集提取和审查判断电子数据规定之逐条评析》,载 <http://www.evidencelaw.net/show2.asp?AID=1172>, 2017年6月11日访问。

等能够精确地搜查电子数据继而进行数据冻结，取证工具的推陈出新也为电子数据的收集提供了保障。^①另外，电子数据取证需要遵循严格的技术标准与程序，这对取证人员的计算机专业能力提出了很高的要求，而一般侦查取证人员并不具备这种专业水平。基于电子证据取证的实践困境，第三方专业取证机构便应运而生，并在协助侦查机关收集提取电子数据方面发挥了举足轻重的作用。比如“快播案”中，北京市公安局治安管理总队基于自身技术瓶颈，委托某信息技术公司协助其开启、提取、解码相关涉案电子数据获得了涉案的关键证据。^②

除此之外，在大数据时代，电子数据主体与其实际持有者发生了分离，大部分个人信息并没有掌握在信息主体手中，而是为网络平台所掌控。腾讯、阿里巴巴、新浪、京东商城、亚马逊、Facebook等平台型企业的逐步壮大，并深刻影响着人们的生活、交往方式。在这种趋势下，持有海量电子数据的网络平台也就逐渐成为了电子数据取证的重要来源^③。而2016年《网络安全法》的出台为网络服务提供商设置了安全保护义务^④，为网络服务商协助侦查机关冻结电子数据提供了法律基础。

二、电子数据冻结程序的运行障碍

冻结与搜查扣押一样，都是提取电子数据的一种手段，二者既有联系又有区别。联系在于扣押冻结电子数据前都要先确定电子数据是否存在于某个服务器或存储设备上，区别在于提取电子数据以扣押存储设备为原则，当设备不便于提取时才考虑对电子数据进行冻结。因此，搜查、扣押电子数据面临的实践难题也会是电子数据冻结所面临的问题。我们可以通过对比电子数据搜查、扣押实践的困境来分析电子数据冻结将会面临的问题并提出解决方案。

（一）电子数据冻结侵权问题突出

电子数据冻结措施影响的不仅是电子数据持有者，还常常关涉网络服务提供商、第三人乃至公众的利益。因此，电子数据冻结中的权利保障问题是我们的

^① 美国 Guidance Software 公司的 EnCase、厦门美亚柏科信息股份有限公司的取证大师等为一些执法机关所采用。另外，市场上还有电子邮件取证分析软件、苹果分析取证软件等专门取证软件。

^② 王志刚：《从“快播案”看当前电子数据运用困境》，载《法治研究》2016年第4期。

^③ 王燃：《大数据时代个人信息保护视野下的电子取证——以网络平台为视角》，载《山东警察学院学报》2015年第5期。

^④ 《网络安全法》第21条对网络运营者的安全义务做了详细规定，如确定了网络安全负责人制度、强化网络安全行为的技术措施、采取数据分类、重要数据备份和加密等措施，同时要求网络运营者采取监测、记录网络运行状态、网络安全事件的技术措施，并按照规定留存相关的网络日志不少于6个月。

应该重点关注的问题。^①

第一，冻结电子数据易侵犯犯罪嫌疑人和第三人的权利。取证人员在冻结电子数据之前往往要先搜查涉案计算机系统及其存储设备，对于联网的计算机还要搜查相关网络服务系统，以便于确认是否冻结电子数据，以及冻结的范围。但搜查电子数据和保护信息主体的隐私权是相互矛盾的，因为涉案计算机系统一般存储着海量的、各式各样的电子数据，既有涉案的犯罪嫌疑人的信息，也有毫无关联的第三人的信息。同理，对第三人进行电子数据冻结时也可能侵犯其合法权利，影响其正常的信息往来、交流。比如，犯罪嫌疑人利用计算机实施了网络诈骗，侦查人员在对涉案计算机进行搜查取证时，可能会搜查到与案件无关的其子女的姓名、家庭住址、单位、职业等个人隐私信息。此时，侦查机关的取证行为就有可能侵犯第三人和犯罪嫌疑人的隐私权。

第二，冻结电子数据易侵犯网络服务商的权利。网络服务商计算机系统在日常运营的情况下不仅存储着网络用户的信息，也存储着自身的一些重要信息，比如商业秘密、重要客户资源等。如果需要搜查、冻结企业用户的网络系统时，通常会要求这些企业提供配合、协助。如此一来，就可能对企业的正常运行造成障碍、增加其人力物力的负担，甚至会导致这些企业的商业秘密泄露，造成经济损失，损害企业商业利益。^②这也是网络服务商在实践中不愿协助侦查机关调查取证的一个重要原因。

（二）网络服务商怠于履行其侦查协助义务

刑事侦查是打击犯罪的重要国家活动，因此公安机关收集提取电子数据的目的就是查清案件事实，打击犯罪。而网络服务商基于合同义务和侵权法上的权益保护义务必须对信息主体提供个人信息保护。^③在两种价值目标下，如何协调调查机关收集电子数据与网络服务商的信息保护义务，就成了实践中棘手的一个问题。

除了能向侦查机关提供犯罪嫌疑人的涉案个人数据，在犯罪人对数据实施加密、隐匿等反侦查措施的时候，网络服务商基于其技术优势也能为侦查机关提供必要的技术支持。实践中，大型的网络服务商掌握着大量的电子数据，如果侦查机关能掌握到这些电子数据，对案件的迅速、准确侦破将十分有利。但实践中的问题在于，很多网络服务商不愿配合侦查机关取证，怠于履行其侦查协助义务。近年来引起社会高度关注的“秦火火案件”“韩兴昌案件”引起了

① 皮勇：《电子证据的搜查扣押措施研究》，载《江西公安专科学校学报》2004年第1期。

② 皮勇：《电子证据的搜查扣押措施研究》，载《江西公安专科学校学报》2004年第1期。

③ 谢璐：《论网络服务提供者的个人信息保护义务》，载《新闻知识》2011年第2期。