

首都经济贸易大学·法学前沿文库

主 编 喻中

刑事侦查电子取证研究

戴莹著



中国政法大学出版社

首都经济贸易大学·法学前沿文库
主 编 喻中

刑事侦查电子取证研究

戴莹著



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事侦查电子取证研究 / 戴莹著.-- 北京: 中国政法大学出版社, 2013. 9
ISBN 978-7-5620-4921-0

I. ①刑… II. ①戴… III. ①电子技术-应用-刑事侦查-证据-调查-研究-中国 IV. ①
D915.13②D918

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第214012号

- 书 名 刑事侦查电子取证研究
XINGSHI ZHENCHA DIANZI QUZHENG YANJIU
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034分箱 邮政编码100088
邮箱 academic.press@hotmail.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010)58908437(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 720mm×960mm 16开本 17.000印张 278千字
- 版 本 2013年9月第1版 2013年9月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4921-0/D·4881
- 定 价 46.00元
- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

首都经济贸易大学·法学前沿文库

Capital University of Economics and Business library, frontier

主 编 喻 中

文库编委（按姓氏拼音排列）

高桂林 金晓晨 焦志勇 李晓安 米新丽
沈敏荣 王雨本 谢海霞 喻 中 张世君

总序

首都经济贸易大学法学学科始建于1983年。1993年开始招收经济法专业硕士研究生。2006年开始招收民商法专业硕士研究生。2011年获得法学一级学科硕士学位授予权，目前在经济法、民商法、法学理论、国际法、宪法与行政法等二级学科招收硕士研究生。2013年设立交叉学科法律经济学博士点，开始招收法律经济学专业的博士研究生，同时招聘法律经济学、法律社会学等方向的博士后研究人员。经过30年的建设，经过首都经济贸易大学几代法律人的薪火相传，首都经济贸易大学法学学科已经形成了相对完整的人才培养体系。

为了进一步推进首都经济贸易大学法学学科的建设，首都经济贸易大学法学院在中国政法大学出版社的支持下，组织了这套“法学前沿文库”，我们希望以文库的方式，每年推出几本书，持续地、集中地展示首都经济贸易大学法学团队的研究成果。

这套文库既然取名为“法学前沿”，那么，何为“法学前沿”？在一些法学刊物上，常常可以看到“理论前沿”之类的栏目；在一些法学院校的研究生培养方案中，一般都会包含一门叫做“前沿讲座”的课程，这样的学术现象，表达了法学界的一个共同旨趣，那就是对“法学前沿”的期待。正是在这样的期待中，可以发现一个值得探讨的问题：法学界一直都在苦苦期盼的“法学前沿”，到底长着一张什么样的脸孔？

首先，“法学前沿”的实质要件，是对人类文明秩序做出了新的揭示，使人看到文明秩序中尚不为人所知的奥秘。法学不同于文史哲等人文学科的地方就在于：宽泛意义上的法律乃是规矩，有规矩才有方圆，有法律才有井然有序的人类文明社会。如果不能把千差万别、纷繁复杂的人类活动给予分门别类的归类整理，人类创制的法律就难以妥帖地满足有序生活的需要。从这个意义上说，法学研究的实质就在于探寻人类文明秩序。虽然，在任何国家、任何时代，都有一些法律承担着规范人类秩序的功能，但是，已有的法律不

可能时时、处处地回应人类对于秩序的需要。“你不能两次踏进同一条河流”，这句话告诉我们，由于人类生活的流动性、变化性，人类生活秩序总是处于不断变换的过程中，这就需要通过法学家的观察与研究，不断地揭示新的秩序形态，并提炼出这些秩序形态背后的规则——这既是人类生活和谐有序的根本保障，也是法律发展的重要支撑。因此，所谓“法学前沿”，乃是对人类生活中不断涌现的新秩序加以揭示、反映、提炼的产物。

其次，为了揭示新的人类文明秩序，就需要引入新的观察视角、新的研究方法、新的分析技术。这几个方面的“新”，可以概括为“新范式”。一种新的法学研究范式，可以视为“法学前沿”的形式要件。它的意义在于，由于找到了新的研究范式，人们可以洞察到以前被忽略了的侧面、维度，它对于人们认识秩序、认识法律提供了新的通道或路径。依靠新的研究范式，甚至还可能转换人们关于法律的思维方式，并由此看到一个全新的秩序世界与法律世界。可见，法学新范式虽然不能对人类秩序给予直接的反映，但它是发现新秩序的催生剂、助产士。

再次，一种法学理论，如果在既有的理论边界上拓展了新的研究空间，也可以称之为法学前沿。在英文中，前沿（frontier）也有边界的意义。从这个意义上说，“法学前沿”意味着在已有的法学疆域之外，向着未知的世界又走出了一步。在法学史上，这种突破边界的理论活动，常常可以扩张法学研究的世界。譬如，以人的性别为基础展开的法学研究，凸显了男女两性之间的冲突与合作关系，就拓展了法学研究的空间，造就了西方的女性主义法学；以人的种族属性、种族差异为基础而展开的种族批判法学，也为法学研究开拓了新的领地。在当代中国，要拓展法学研究的空间，也存在着多种可能性。

最后，西方法学文献的汉译、本国新近法律现象的评论、新材料及新论证的运用，诸如此类的学术劳作，倘若确实有助于揭示人类生活的新秩序、有助于创造新的研究范式、有助于拓展新的法学空间，也可宽泛地归属于法学理论的前沿。

以上几个方面，既是对“法学前沿”的讨论，其实也表明了本套文库的选稿标准。希望选入文库的每一部作品，都在法学知识的前沿（frontier）地带做出了新的开拓，哪怕是一小步。

喻 中

2013年6月于首都经济贸易大学法学院

序

看到的《刑事侦查电子取证研究》一书付梓出版，我深感欣慰。作者戴莹博士是我的学生，她论文写作之际正值我国刑事诉讼法第二次修改之时，此次刑诉法修改从理念到条文都做出了很大调整，而电子证据、技术侦查无疑是其中的重要内容。

随着科技的进步，特别是信息技术的飞速发展，当前的犯罪逐渐呈现出专业化、网络化、高智能化的特点。犯罪领域逐渐从现实空间转换为虚拟空间，多种犯罪类型相互交织，新型犯罪层出不穷，借助高科技手段规避传统侦查方式的犯罪增多。面对新的犯罪形势，司法实践对于电子取证这一法律因应有着迫切的需求。诉讼中不可避免的涉及电子证据的应用，学界对于技术侦查法治化的呼声也越来越高。但当这两者真正进入到刑事诉讼法，又对理论界和实务界提出了挑战：对于电子证据的定义缺乏共识，电子取证形式及其程序存在争议，电子证据的运用机制认识不足，等等，对这些新议题的研究尚处在探索之中。

作者敏锐的把握住电子取证这一新的热点问题，在相关理论探讨刚刚开始之际，她克服了问题新、资料少等困难，对刑事侦查中的电子取证问题进行了创新性研究。在努力钻研国内相关法律、学术成果及实践问题之余，她还充分发挥自己留学经历和语言方面的优势，广泛收集和使用域外相关制度的文献资料，特别是对电子取证与美国宪法第四修正案的关系做出了较为深入的论述，而这一议题在美国亦属研究热点。

作者以电子证据的本体论研究为基础，但又不限于此，由此引出电子取证这一与侦查实践关系更为紧密的主题，认为电子取证与技术侦查密切相关，但同时也包含传统取证措施的电子化和一些全新的取证措施，将电子取证细分为电子搜查、扣押、测探及通讯监控。作者对具体的法律条文和制度进行了设计，但更强调理念上的变革，即以法治精神为主导，在安全与自由、权力与权利之间寻求平衡。

证据的运用和侦查的进行都需要丰富的实践经验，这也必然成为学术研究的坚实基础，而电子证据作为一个全新的议题，我国目前尚未对此积累足够的实践经验，这势必对相关研究造成很大限制。但面对重重困难和障碍，作者仍然有勇气去探索，并且提出了颇具价值的创新观点，是对我国刑诉法上新问题进行研究的有益尝试，相信会对有关理论和立法的完善起到一定作用。对于已经走上教学和科研岗位的作者而言，这无疑是个好起点，作为她的导师，我衷心希望她能在学术之路上做出新的贡献。

樊崇义

2013年5月书于北京小月河畔

前 言

本书是首都经贸大学法学文库系列之一，在我的博士论文基础上修改而成。本书共七个部分，除引论外，共分六章：

引论部分介绍了刑事侦查电子取证问题的研究背景、在我国的研究现状以及本书的研究方法和进路。目前我国对电子证据本体论的研究较多，但对刑事侦查电子取证的程序法治和人权保护，在研究的广度和深度上都未成规模。本书对电子取证的研究虽然以电子证据为基础，但不仅包括收集电子证据，而是偏重于以电子手段获取证据。在视角上侧重于人权保障，寻求电子取证中的权力制约之道。在论证上以美国、德国等域外国家和地区的立法和判例为基础，试图总结电子取证法治化发展的规律，并将其适用于我国的刑事侦查电子取证制度构建。

第一章是关于电子证据本体论以及电子证据与电子取证的关系。电子证据在我国刑诉法上经历了从无到有的变革，2012年《刑事诉讼法》修改正式将“电子数据”规定为法定证据种类之一。电子数据是电子证据的本质，电子证据可以体现为各种法定证据形式。电子证据与数字证据、计算机证据存在交叉关系，与科学证据系属平行关系，并隶属于科技证据。电子取证作为一种刑事强制处分，不同于收集、获取电子证据，但又与之有着紧密联系，电子证据的某些特性决定了电子取证的特点，电子证据的不同类型也决定了电子取证的不同措施。

第二章论述电子取证的理念。电子技术的应用对刑事诉讼提出了两方面的挑战，即犯罪手段的提高对刑事诉讼打击犯罪效能的考验，以及电子取证带来的侦查权扩张对刑事诉讼保障人权功能的威胁。刑事诉讼制度中向来都潜在着两种基本价值追求，即安全与自由。对安全的追求不得不择手段，而应恪守法治原则。法治理念源远流长、内容丰富，及至现代社会，发展为英

美法系的正当法律程序理念和制度，以及大陆法系的“法治国”理念和比例原则。保障人权是法治的实质因素，隐私权和秘匿特权都构成电子取证中制约公权力的权利基础。其中，美国以宪法第四修正案为法律基础，赋予政府不得侵犯公民权利的消极义务；德国以宪法上“人的尊严”为原则，赋予政府保障公民权利的积极义务。这形成了两大法系在理念和制度上的强烈反差。

第三章全面考察电子取证对美国宪法第四修正案的挑战。美国宪法第四修正案保护人民免受不合理的搜查和扣押，并确立了令状制度。在长期的发展中，美国联邦最高法院以判例的形式对第四修正案做出了详尽解释，认为第四修正案的保护对象是美国国民团体或与之有充分联系的人，限制的对象是政府，判定搜查、扣押的标准是“合理的隐私期待”，令状必须符合特定条件，等等。但电子取证形式的出现，如使用红外线热量感应仪、GPS装置等电子仪器取证，或对电脑以及智能型手机等电子存储设备取证，拓宽了第四修正案应当保护的主体范围和权利范围。在电子取证中，既有规则已经不能实现第四修正案对人权保护所应达到的程度。

第四章介绍其他国家和地区的电子搜查、扣押与测探，与美国进行对比，并从中总结共同规律。《网络犯罪公约》是对刑事侦查电子取证措施和程序做出较完备规定的国际立法，规定了包括存储数据快速保存、电子证据命令提交和存储数据的搜查、扣押等电子取证措施，但片面强调打击电子形式犯罪，在人权保障方面的规定十分有限。加拿大的搜查、扣押制度与美国类似，但采取较为灵活的标准，综合考量各种因素，有利于其法律规则对技术进步做出及时调整。德国刑事诉讼法典增加规定了电子取证的规则和程序，联邦宪法法院也根据公民在宪法上的基本权利对电子取证案件做出判决。法国在刑事诉讼法典中增加规定了电子数据的搜查、扣押，英国则采取单独立法形式规范电子测探行为。日本刑诉法尚未对电子取证做出反应，但理论研究和法院判决都认定电子取证可能构成强制措施，应当受到法定主义和令状制度的制约。综观各国电子搜查、扣押法律制度，虽然因法系不同、规则不同而在具体问题上各有千秋，但基本体现出以宪法为基础和法律依据的特点。

第五章对世界各主要国家和地区的电子通讯监控制度做出评介。欧洲委员会制定的《网络犯罪公约》规定了电子数据实时收集措施。美国的电子监听制度主要规定在《窃听法案》和《笔记录器和陷阱跟踪法案》两部成文法中，并且受到《爱国者法案》及其修正案的影响。英国以《侦查权规范法》

取代《通讯拦截法》，规范通讯拦截措施。德国的电子通讯监控制度以宪法为基础，G-10法案和刑事诉讼法典以成文法形式做出了具体规定。法国、意大利、俄罗斯都在刑事诉讼法典中规定了有关通信拦截和电子监听的内容。日本则专门为此制定了单行法《犯罪侦查监听通讯法》。尽管存在立法模式上的区别和具体规则的差异，各地立法还是体现出一定的共同点和规律性，即电子监测取证规则的整体法律框架，基本上都是从适用范围、适用条件、职权分配、有效期限、证据的使用以及救济程序等方面调整电子通讯监控的法律规范性。

第六章将研究的视角重新切回中国，对我国电子取证制度的历史进行了回顾，对目前的立法进行了梳理和反思，并对电子取证制度在我国未来的发展做出展望。最初，电子证据在我国不具有合法地位，电子取证制度也处于缺位状态。与电子取证相关的技术侦查措施没有纳入刑诉法调整范围，并且规定得过于原则化，处于一种封闭状态，缺乏权力制约和外部监督。2012年刑事诉讼法修改开启了我国电子取证制度的法治化进程，但不论是电子搜查、扣押还是技术侦查措施，依然采取了侦查机关自我授权的模式，并且忽视了相对人权利及救济措施。通过对我国当前制度的评析并结合比较研究，提出在我国构建刑事侦查电子取证制度的基本思路。未来我国的电子取证制度应在授权机制上体现权力制约，在决定机制上以合理根据为基础并遵循比例原则，在监督和救济机制上实现外部监督和程序性制裁，在此基础上对电子搜查、电子扣押、电子探测和电子通讯监控等具体取证措施作出设计。

“刑事侦查电子取证”这一选题既是世界范围内的学科研究热点，也立足于我国刑事诉讼中的现实问题。一直以来，我国刑事诉讼法对搜查、扣押等强制性取证措施的制度建构以授权为主，强调取证的有效性。随着科技的发展，电子技术在取证领域的广泛应用，电子取证在刑事侦查中应运而生，并且进一步加强了政府的取证能力，但同时也对个人权利构成了更大威胁。日前，我国刑事诉讼法修改正式完成，与电子取证有关的变化主要有三方面：首先，继人权入宪后，尊重和保障人权也正式载入了有“小宪法”之称的刑事诉讼法，成为我国刑事诉讼法的任务之一，改变了之前片面强调刑事诉讼打击犯罪功能的局面；其次，赋予电子数据法定证据种类的地位，解决了电子证据的合法性危机，也使得电子取证的结果得以顺利进入诉讼；最后，将技术侦查措施纳入刑诉法的调整范围，开启了技术侦查法治化道路，也为电

子取证提供了一定法律依据。在我国电子取证制度刚刚起步之际，此次刑诉法修改的意义不仅在于制度层面，更在于价值层面：不仅为电子取证提供了法律依据，使电子证据取得法律地位，更在价值导向上强调了正当程序、人权保障的重要性。因此，电子取证制度在我国的发展，特别是对侦查权制约方面的研究，拥有充足的上升空间。

电子取证对域外国家和地区传统的刑事侦查取证制度也构成了挑战，但域外法治各国对刑事侦查取证制度的立法构建和理论研究有较为完备、深厚的基础，并且已经通过调整规则或专门立法为解决电子取证所带来的法律挑战提供了先例。以国际经验为出发点，我们或许能够从中找到一些规律，构建我国的电子取证制度。更为重要的是，突破我国侦查取证强制性措施的传统思路，以新的视角和价值观来考察刑事侦查取证制度，从权力扩张走向权力制约。本书的目的就是通过对刑事侦查电子取证制度的研究，提倡权力制约的观念，特别是对限制侦查权扩张必要性的认识。

本书写作历时一年，经历从刑事诉讼法修正案草案问世，到刑事诉讼法正式修改，再到《最高院刑诉法解释》、《“六机关”规定》以及《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》、《公安机关办理刑事案件程序规定》等法律文件的陆续出台。在这一过程中，笔者时刻关注和学习着立法动态，始终省思和调整着书稿内容，力求在书中及时体现法律的变更和细化，并对此做出回应。但囿于能力所限、时间仓促，难免挂一漏万、贻笑大方，谨以拙作求教于师友。

戴莹

2013年5月于京寓所

目 录

总 序	I
序	I
前 言	I
引 论	1
第一节 问题的提出	1
第二节 文献评介	3
一、既有文献	3
二、主要著作评介	4
三、既有研究的局限性	5
第三节 研究方法和进路	6
一、研究方法	6
二、研究进路	7
第一章 电子证据与电子取证	11
第一节 电子证据在我国的法律地位	11
第二节 电子证据的定义	14
一、电子证据的定义	14
二、电子证据与电子数据	15
第三节 电子证据及其相关概念辨析	17
一、电子证据与数字证据	17

二、电子证据与计算机证据	19
三、电子证据与科学证据	22
第四节 电子证据与证据种类	24
第五节 电子证据与证据规则	27
一、电子证据与认证规则	27
二、电子证据与最佳证据规则	29
三、电子证据与传闻证据规则	31
第六节 电子证据与电子取证	34
一、电子取证的界定	34
二、电子取证的特点	35
三、电子证据与电子取证	37
第七节 电子取证的性质	39
第二章 电子取证的理念	44
第一节 理念探讨的背景	44
一、理念探讨之必要	44
二、现实中的双重危险	46
第二节 法治理念	50
一、正当法律程序	52
二、比例原则	57
第三节 刑事诉讼中的人权保障	62
第四节 隐私权对刑事电子取证的制约	65
一、隐私权理论	65
二、美国隐私权对电子取证的限制	68
三、德国隐私权对电子取证的限制	73
第五节 秘匿特权对刑事电子取证的制约	78
一、秘匿特权的含义及其与电子取证的关系	78
二、英美法系的秘匿特权与电子取证	79

三、大陆法系的秘匿特权和电子取证	82
第三章 电子取证对美国宪法第四修正案的挑战	87
第一节 电子取证与第四修正案主体	90
一、权利主体与电子取证	90
二、主体资格与电子取证	91
第二节 电子取证与第四修正案对象	96
一、第四修正案所限制的对象	96
二、电子取证带来的法律挑战	97
第三节 电子取证与搜查、扣押的判定标准	99
一、电子取证与搜查的认定	99
二、电子取证与扣押的认定	114
第四节 电子取证与令状制度	116
一、令状制度	116
二、电子取证对令状制度的挑战	121
第五节 电子取证与令状制度的例外	125
一、电子取证对紧急情况例外的挑战	125
二、电子取证对附带搜查例外的挑战	127
三、电子取证对汽车例外的挑战	129
四、电子取证对同意例外的挑战	130
五、电子取证对一目了然法则的挑战	131
第四章 其他国家和地区的电子搜查、扣押与测探	133
第一节 国际立法——网络犯罪公约	134
一、立法背景	134
二、公约内容	135
三、法律评价	139
第二节 其他国家的电子搜查、扣押	140

一、加拿大的电子搜查、扣押	140
二、德国的电子搜查、扣押	145
三、法国电子数据的搜查、扣押	149
四、日本电磁记录的搜查、扣押	151
第三节 其他国家的电子测探	152
一、德国的拍照、录像及电子测探	152
二、日本的拍照、摄像与电子跟踪	153
三、英国的电子测探	157
小 结	158
第五章 电子通讯监控	161
第一节 《网络犯罪公约》的电子数据实时收集	163
第二节 美国的电子监听	165
一、窃听法案	166
二、笔记录器和陷阱跟踪法案	170
第三节 英国的通讯拦截	171
第四节 德国的电子通讯监控	175
一、G-10 法上的电子通讯监控	175
二、刑事诉讼法典上的电子通讯监控	176
第五节 法国的通信拦截	181
第六节 意大利的电子监听	183
第七节 日本的电子监听	185
一、电子监听的性质	185
二、电子监听的合法性	186
三、《犯罪侦查监听通讯法》	188
第八节 俄罗斯的通讯监听和录音	190
小 结	192

第六章 中国的刑事侦查电子取证制度·····	196
第一节 电子取证制度之过去时·····	197
一、法律规定·····	197
二、概念界定·····	199
三、制度缺陷·····	200
第二节 刑事电子取证制度之现在时·····	202
一、法律规定·····	203
二、局限性分析·····	208
第三节 中国电子取证制度之将来时·····	212
一、观念之革新·····	213
二、机制之建构·····	214
三、制度之设计·····	220
结 语·····	232
参考文献·····	233
后 记·····	249