

针对不同类型、不同级别的电子数据选择相应取证手段,履行恰当取证程序

科学构建电子数据取证规则

争鸣

从客观限缩与主观扩张 维度准确界定自洗钱

□李方

刑法修正案(十一)对刑法第191条洗钱罪规定进行了修订,通过删除“协助”等明显属于帮助行为的用语,在客观方面为“自洗钱”入刑扫清障碍;通过删除“明知”这一限制上游犯罪行为入罪的主观故意,在主观方面为“自洗钱”入刑提供支撑。“自洗钱”是洗钱罪上游犯罪的“本犯”,将上游犯罪的犯罪所得及其收益进行掩饰、隐瞒,以转换其来源和性质,进行“漂白”,使其披上合法化的外衣。此次修订,将“自洗钱”行为纳入刑法规制的视野,成为一大亮点,对理论研究和司法实践均具有重大意义。

虽然“自洗钱”行为与“他洗钱”行为统一于我国刑法第191条规定的“洗钱罪”这一罪名体系之下,但两者在客观行为和主观故意等方面存在诸多不同。“自洗钱”行为与“他洗钱”行为的不同,决定了在认定“自洗钱”犯罪时需要关注其本身所具有的,不同于“他洗钱”犯罪的客观行为和主观故意。即,认定“自洗钱”犯罪必须关注其与“他洗钱”犯罪相比较所显现的客观行为限缩与主观要件扩张的不同特点,从客观和主观两个维度进行考量,准确把握、精准适用,不枉不纵,对“自洗钱”行为进行有效惩处。

客观行为方面的限缩。刑法修正案(十一)对洗钱犯罪行为方式进行了修订,特别是将之前列举的部分行为方式进行了修改,删除了影响“自洗钱”行为入罪的三个“协助”用语,将原有的五项行为方式修订为:(一)提供资金账户的;(二)将财产转换为现金、金融票据、有价证券的;(三)通过转账或者其他支付结算方式转移资金的;(四)跨境转移资产的;(五)以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的来源和性质。此次对洗钱罪具体行为方式的修订,删除了明显属于“本犯”以外人员才能实施的的行为术语,实现了结构转型,在客观行为方面扫除了“自洗钱”行为入罪的障碍。

但是,这并不意味着“自洗钱”与“他洗钱”毫无差别,更不意味着当下所列举的五种行为方式可以不加区分地均等用于“自洗钱”和“他洗钱”。应当说,“自洗钱”行为与“他洗钱”行为相比,具有有限性。即,应用于“他洗钱”的行为方式要少于、大于“自洗钱”的行为方式。如,单纯地持有、占有犯罪所得及其产生的收益的情形,上游犯罪“本犯”之外的行为人为人实施持有、占有行为的,客观行为方面符合洗钱罪的行为方式。但是,对于“自洗钱”行为人来说,该种情形并不属于自洗钱行为,因为该种情况下,犯罪所得及其产生收益的状态、性质并未发生变化。

可见,在客观行为方面,“自洗钱”的行为方式相对于“他洗钱”来说具有有限性。能否构成“自洗钱”,关键在于行为人的行为是否使得上游犯罪所得及其产生的收益与上游犯罪进行了切断,发生了“化学反应”,使其“漂白”,只有在切断时,才可考虑构成自洗钱犯罪。

主观故意方面的扩张。刑法修正案(十一)对洗钱犯罪的主观方面进行了修订,将原有罪状表述中的“明知”“为掩饰、隐瞒其来源和性质”删除,特别是将“明知”删除,取而代之的是只规定了洗钱罪的主观目的是“为掩饰、隐瞒……的所得及其产生的收益的来源和性质”,在罪状表述的主观方面为“自洗钱”行为入刑开拓了道路。

需要说明的是,将“明知”删除,并不意味着对洗钱罪的认定不再需要主观的构成要件。毕竟,一方面,我国刑法第14条关于犯罪故意的总则性规定,依然指导着分别的每一个罪名适用;同时,犯罪构成要件理论中的主观故意,依然指引着对每一个罪名的认定。另一方面,联合国《禁毒公约》《打击跨国有组织犯罪公约》和《反腐败公约》等关于洗钱罪的规定,均明确规定了“明知”等主观要件是洗钱罪的构成要件,并没有因为基于打击洗钱罪的需要而取消主观构成要件。刑法修正案(十一)之所以如此修订,其目的在于将“自洗钱”行为纳入刑法规制的视野,并没有将主观明知这一构成要件要素删除,其与在客观行为方面删除三个“协助”用语表述的立法目的是是一致的。但是,删除“明知”这一表述,从某种意义上看是“自洗钱”在主观方面对“他洗钱”主观方面的扩张,即在“自洗钱”的情形下,因为行为入就是上游犯罪的“本犯”,是上游犯罪的亲历者,所以对其主观明知不需要再证明其“明知掩饰、隐瞒的犯罪所得及其收益”是来源于上游七类性质的犯罪。而对于“他洗钱”来说,依然需要证明行为入明知其“掩饰、隐瞒的犯罪所得及其收益”系来源于上游的七类犯罪。当然,这里的明知,并不需要其明知上游犯罪的性质,而是需要其明知系上游七类犯罪事实,即明知的客观事实而不是法律评价。也即,在主观故意方面,不需要证明“自洗钱”的行为人对上游犯罪的明知,而“他洗钱”犯罪的成立,则需要证明行为人对上游犯罪事实的明知。从是否需要证明对上游犯罪事实明知角度来看,“自洗钱”在主观故意认定上相对于“他洗钱”具有扩张性。

(作者为重庆市人民检察院检察三部主任、三级高级检察官)

措施,以此提高取证效率。

二是数据分级指导取证程序的规范。具体而言,数据的性质与内容决定了取证的方法和途径,但是,存在多种取证措施可以达到取证目的时侦查人员该如何选择,以及不同取证措施在程序履行方面有何不同,需要进一步结合数据的重要性、敏感性、安全性等因素来进行规划。因此,侦查人员在电子数据取证过程中不能仅仅考虑如何获取数据,还要兼顾数据的安全级别。对于安全级别高的数据,侦查人员在取证措施的选择以及包括审批、执行、监管、救济等在内的程序履行两个方面要更加慎重。

以远程计算机设备中的电子文件为例,实践中侦查人员可以通过调取或网络在线远程取证。这时,需要注意的是,电子文件下的各类数据存在公开与私密之分,继而对于安全的需求也存在差别。比如,个人账户或设备中的电子文件,包括笔记本电脑中所存储的重要文档资料、私人照片、音频等,基于此类数据中包含了重要的公民个人隐私,较互联网门户网站公开的电子文件而言属于“重要”数据的范畴。因此,侦查人员采取调取或网络在线提取两种方式在此种情况下都会构成强制性侦查,原则上禁止在初查中使用。

如果侦查人员采取网络远程勘验,基于此种措施在多数情况下是作为传统搜查措施在虚拟空间领域的延伸,因此较前两种措施更容易侵犯公民的个人隐私,在程序履行方面要求更加严格。比如,要求有上级公安机关进行指导、见证人在场等。

综上,以分类分级为指引规范电子数据取证活动主要表现在两个方面:一是根据电子数据的不同属性以及被不当处理可能导致之后果,将其作类型与安全级别上的区分;二是在对电子数据进行分类分级的基础上,侦查人员有针对性地采取恰当的取证手段,履行适宜的取证程序,以此满足不同程度的数据安全保护需求。结合我国近年来不断提倡保障人权与维护数据安全,这一思路还将进一步结合这两类诉求,通过细化相关规则而趋于成熟。

(作者为西南政法大学新型网络犯罪研究中心研究人员)

科学构建规范的电子数据取证规则

对侦查中的电子数据进行分类分级的根本目的在于合理构建电子数据取证规则。电子数据取证实则就是采用一定的技术工具,对于计算机、通信系统、网络系统中的犯罪证据进行提取、固定和保护分析的一项侦查活动。随着科学技术的快速发展,电子数据的类型也在不断发展变化,如何有针对性地选择恰当的取证措施以及履行恰当的取证程序,成为取证过程中需要加以审慎注意的关键问题。

侦查人员在电子数据取证过程中不仅要保证数据自身的安全,更为重要的是保护这其中所涉及的国家安全、公共利益以及公民基本权益。因此,分类分级可以作为电子数据取证程序构建之基础,具体体现在以下两个方面:

一是数据分类指导取证措施的选择。如前所述,以数据的存在状态为标准分为静态数据与动态数据。前者包括网络平台已公布的信息、计算机设备中已形成的电子文件等,侦查人员基于此类数据的稳定性,通常可以采用网络(或现场)在线提取、网络远程勘验等措施进行取证;后者包括实时产生的通讯数据、GPS跟踪数据等,侦查人员基于此类数据的变动性,通常需要采取电子侦听、GPS侦查等措施进行取证。

概言之,数据分类无需考虑数据涉及的各方利益以及被不当处理后的危害后果,分类的目的是为了帮助侦查人员正确选择能够达到取证目的的侦查措施。不同类型的电子数据因其各自具有的独特性质得以区分开来,这在一定程度上能够指引侦查人员有针对性地选择切实可行的取证

□随着科学技术的快速发展,电子数据的类型也在不断发展变化,如何有针对性地选择恰当的取证措施以及履行恰当的取证程序,成为取证过程中需要加以审慎注意的关键问题。

□数据分类的目的是为了正确选择能够达到取证目的的侦查措施。不同类型的电子数据因其各自具有的独特性质得以区分开来,这在一定程度上能够指引侦查人员有针对性地选择切实可行的取证措施,以此提高取证效率。



□陈易臻

2021年9月1日,数据安全法正式施行。该法第21条规定,国家建立数据分类分级保护制度,根据数据在经济社会发展中的重要程度,以及一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用,对国家安全、公共利益或者个人、组织合法权益造成的危害程度,对数据实行分类分级保护。笔者认为,司法实践中,鉴于目前电子数据取证程序尚未从数据角度来规范展开,该规定对于指引办案人员针对不同类型、级别的数据选择正确的取证手段,以及履行恰当的取证程序具有重要意义。

合理划分侦查中的数据类型与级别

数据类型。数据分类是以内容、特征、作用等属性为标准,将具有相同属性的数据归为一类。比如,根据不同标准,对于侦查中的数据可作如下划分:(1)根据数据所处之领域,可以划分为金融、交通、能源、医疗健康、电子政务等不同领域的电子数据。不过,此种划分是出于整体上便于各部门、机构有效管理数据之目的,对于电子数据取证程序的规制还无法形成有效的指导。实际上,侦查语境中的数据是指与案件相关的,可以作为案件线索或证据的电子数据,也是侦查人员未掌握的,需要向当事人或第三方机构进行取证的对象。因此,侦查中的数据分类是指根据数据的内容、形式、状态等性质,同时结合侦查活动特点、涉案领域以及不同数据对于案件侦破所体现出的价值与功能等因素,进而对数据的类型进行区分。(2)根据数据的内容,可将侦查中的数据分为行为数据与身份数据。行为数据对于认定案件事实真相具有重要意义,往往以证据形式进入诉讼阶段。而身份数据主要体现的是对案件当事人身份的识别功能,一般用于案件侦查初期对犯罪嫌疑人的锁定。因此,两类数据在打击犯罪的作用方面各不相同,若采取此种分类

可以帮助侦查人员快速锁定目标数据,继而提高侦查效率。(3)根据数据的存在状态,可将侦查中的数据分为静态数据与动态数据。静态数据往往保持一定的稳定性,较为容易获取,而动态数据因电子设备的运行、人为操作时的输入、输出等行为而产生,具有较强的变动性,往往需要借助监控、侦听等介入性较强的手段进行获取。此种分类考虑到了电子数据在不同状态下的特性,对于取证方式的选择具有一定的指向性,同时也更加有利于侦查人员对数据的保管和运用。

由此来看,侦查中的数据分类主要采取“实然”路径,即根据数据的实际内容、真实状态等具体标准来对数据进行客观描述并加以区分。此种路径强调调查人员从数据自身特性出发进行归类,具有一定的客观性与稳定性,有助于侦查人员快速锁定目标数据,匹配取证方法。

数据级别。侦查中的数据分级,是指基于不同数据在涉及国计民生、社会公益以及公民权利等多个方面的程度不同,出于对上述领域的安全考量而将数据作级别上的区分,以便后续针对不同级别的数据制定适宜的取证程序规则,尽可能在打击犯罪的同时保护上述领域中的重要利益。

数据安全法第21条以数据的重要性与危害性作为数据分级的考量标准,刑事侦查中的数据分级与该标准不谋而合。原因在于:侦查中的电子数据往往涉及国安、民生、经济、公民个人生活等多个领域。比如,侦办危害国家安全刑事犯罪案件时往往涉及与国家秘密相关的电子数据,侦办金融犯罪案件时难免涉及与商业秘密相关的电子数据。当然,刑事侦查活动中涉及的最为突出的还是对公民个人信息的收集。实践中,电子数据的取证范围往往包括了信息

运算操作设备内的存储信息、移动存储设备中的电子数据、通讯过程中产生的电子信息和文字信息等,因此侦查人员为获取前述数据所使用的侦查手段、方法,较之传统侦查手段、方法而言,要更具有隐蔽性和技术性,往往会在不知不觉中涉及数据主体的各项基本权利。

基于此,作为当前侦查活动中的主要取证对象——电子数据,对于国家、社会、公民的重要性以及在被不当处理后产生的危害性不言而喻。对比数据安全法第21条规定的思路,侦查中的数据可以划分为“核心”“重要”“一般”三种级别。比如,侦查中的电子数据如果与军事、国防、政治、经济核心秘密相关,如果不当处理可能会对国家安全、国民经济命脉、重要民生、重大公共利益等产生负面影响,就可以将之归为核心数据。如果是与国家安全、公共利益、公民权益密切相关的数据则可作为重要数据。这其中最为典型的就是公民个人敏感数据,包括健康生理数据、生物识别数据、网络身份标识信息等。基于此类数据涉及公民名誉、自由以及财产权益,如果一旦泄露或被不当处理,则会对数据主体的身心健康甚至人身安全带来严重威胁。基于此,敏感数据需与一般数据加以区分,以此作为制定后续取证程序的基础。除核心数据、重要数据之外的可划分为一般数据。

由此可见,侦查中的数据分级主要采取“应然”路径,即根据数据的重要性、危害性等较为抽象的标准来进行主观描述并加以区分。此种路径强调调查人员要结合当下社会环境、公民权益需求等情况从数据存在的价值、意义出发来对其进行级别划分,具有一定的主观性与变动性,有助于指导后续取证规则的构建,保障数据的安全以及司法公正。

强化协作协同激活检察建议新动能

□找准社会关注问题 □拓展协作对象 □稳定线索渠道 □优化办案要素链 □激活法治宣传创新思维

观察

□黄俊杰

《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》对开展检察建议工作提出了鲜明的要求、指明了方向。对此,需在深刻领悟检察建议功能属性、生成逻辑和规律特征的基础上,主动谋划、主动作为,力争以检察建议为检察工作高质量发展提供新动能。

找准社会关注问题。检察建议要得到被建议单位乃至整个社会的认同,既要找准社会治理中的痛点、堵点,如维护公平竞争市场秩序、金融风险防控、网络治理等社会高度关注以及群众利益息息相关领域存在的问题,把脉问诊、对症下药,清除影响经济社会高质量发展的违法犯罪隐患,堵塞监管漏洞,又要遵循产品化、质量化和品牌化原则,以优质优价的检察建议产品不断满足社会公众对法治精品的期待。为此,应坚持问题导向、目标导向,树立产品意识和精品意识,做到监督制约和支持配合相统一。一方面,严格筛选;收集的线索尤其是多发性违法情形、普遍性管理漏洞,寻找可制发检察建议的点位;对确实需要制发检察建议的点位细致论证、全面求证,确保发现的问题和提出的建议准确性、针对性和可行性充分。另一方面,健全督促反馈落实机制,密切与被建议单位的沟通联系,通过询问、走访、会商等方式及时掌握被建议单位整改落实落实情况,推动检察建议落实见效。对整改而未整改、假落实或落实不彻底等情形,应采取报告、通报等方式持续督促改进;对被建议单位在落实中遇到困难,及时支持、积极配合,会



同被建议单位共同推进检察建议落实。

拓展协作对象。检察建议的制发对象除了行政机关、司法机关外,还会面向广大社会群体,由于检察人员知识储备的广度和深度有限,面对诸多专业性、新颖性问题需要多方借力、借智借力,才能实现检察建议精品化目标。当前,面临数字经济发展、反垄断和反不正当竞争等兼具专业性和前沿的新业态、新模式时,检察建议制发对象范围广、制发内容复杂多样等“集群化”发展特点将会进一步凸显。解决之道在于纵深推进社会化、协同化工作格局,积极邀请专家学者、专业人士等积极参与,共同做好线索来源、咨询论证、公开听证、方面,严格筛选;收集的线索尤其是多发性违法情形、普遍性管理漏洞,寻找可制发检察建议的点位;对确实需要制发检察建议的点位细致论证、全面求证,确保发现的问题和提出的建议准确性、针对性和可行性充分。另一方面,健全督促反馈落实机制,密切与被建议单位的沟通联系,通过询问、走访、会商等方式及时掌握被建议单位整改落实落实情况,推动检察建议落实见效。对整改而未整改、假落实或落实不彻底等情形,应采取报告、通报等方式持续督促改进;对被建议单位在落实中遇到困难,及时支持、积极配合,会

稳定线索渠道。如何稳定线索来源,在办案过程中发现、当事人举报申请等传统模式上开辟新的线索来源渠道,值得认真思考。可进一步发挥民主监督、社会监督等的作用,搭建多种监督渠道与检察建议的衔接转化平台,在拓宽线索渠道,提高建

议精准性等维度实现信息互通、资源共享、优势互补,凝聚检察监督与其他监督的合力,激活检察建议工作新动能。践行检察大数据思维,积极向大数据借力。目前已有部分地区检察机关开发了“公益诉讼随手拍”App或小程序,旨在借用便捷便利的数字软件拓展公益诉讼线索,鼓励群众共建共治共享。需进一步完善检察赋能检察建议发展需求,积极运用“人工智能+大数据”技术,通过自助终端设备、智能检索软件等软硬件配置,在检察业务应用系统、12309检察服务平台等实现现点位挖掘、线索筛查、信息比对、类案检索、数据分析等办案辅助功能,突破以往线索挖掘、筛选、初查时所受时空、人员等限制,为拓宽监督渠道、提升监督便捷性提供便利。条件便利的地区,还可主动对接,融入当地政务服务平台、城市大数据中心、网格员和网络理政等平台,自动监控、筛查、识别、追踪、抓取、整合平台涉及社会热点及其关键信息,实现法律监督触角向相关领域的智能化、自动化延伸。

优化办案要素链。聚焦提升检察建议阐述问题精准性、分析论证严谨性、释法说理透彻性,提出建议可行性和制发建议规范性,探索检察建议业务生态,完善检察建议办理要素配置,实现检察建议由传统的“办事模式”向“办案模式”变革,提升检察

建议核心竞争力。一是规范检察建议办理流程。遵循线索收集、决定立案、调查核实、提出意见、制作送达、督促落实、立卷归档等案件办理流程 and 审批权限,在检察业务办案系统中统一编号、统一签发、全程留痕、全程监督。二是用好调查核实权。从提高调查核实意识、制度保障和技术支撑着手,对拟监督问题既找法律政策依据,又全面、深入地查清被建议单位或行业主管部门存在的问题或漏洞,并详细地制作调查终结报告。三是优化管理机制。各业务部门负责人、分管副检察长需加强对检察建议质量的审核把关,法律政策研究部门需对本院社会治理类检察建议必要性、合法性、说理性开展实质性审核,涉及事项社会影响大、群众关注度高、违法情形具有典型性的检察建议,特别是社会治理类检察建议应由检察长或者检委会讨论决定后再制发。对检察建议文书要素存在错误、因制发检察建议造成不良影响等情形,则应追究相关人员责任。四是开展专项质量分析研判,建立健全差异化考核评价体系。将检察建议立案数据纳入检察业务数据分析研判会商内容,剖析反思存在新问题,及时了解掌握新情况,研究提出推进工作意见建议;定期开展检察建议工作数据分析评估和检察建议质量评价、举办优秀检察建议评比,塑造考评指挥