

以鉴代侦：电子数据司法鉴定的 扩张趋势及其制度回应

陈如超*

内容提要：电子数据司法鉴定大致可分为“发现型鉴定”和“分析型鉴定”两种类型。基于与电子数据收集提取、检查的功能等同性，公安机关时常以发现型鉴定代替侦查人员取证。分析型鉴定是电子数据“收集提取—检查—司法鉴定”递进式取证结构的最后一环，但因鉴定人有时集电子数据收集提取、检查、鉴定等功能于一体，故同样存在“以鉴代侦”的问题。以鉴代侦主要根源于公安机关的侦查取证能力、资源与常态化、专业化的电子数据取证需求不匹配。虽然以鉴代侦具有某种现实合理性，但其还是模糊了侦鉴边界，一方面规避了对公安机关侦查取证行为的制度控制，另一方面弱化了电子数据司法鉴定的独立性。为了应对电子数据司法鉴定的扩张趋势，一是要完善电子数据取证的专家辅助人制度，减少乃至避免发现型鉴定；二是在分析型鉴定中，合理限制鉴定人收集提取电子数据的范围，防止鉴定人自取自鉴，保障司法鉴定的客观独立。

关键词：电子数据 司法鉴定 侦查 以鉴代侦

长期以来，公安机关的侦鉴一体化机制及其“以侦代鉴”问题屡受诟病。^{〔1〕}而随着侦鉴分离的体制改革以及网络犯罪的急剧攀升，在以电子数据为主要取证对象的侦查阶段，公安机关“以鉴代侦”的问题——以鉴定人的司法鉴定代替侦查人员取证——或许更为突出。以鉴代侦主要根源于公安机关在电子数据取证领域，始终面临取证主体一般化与取证能力专业化之间的矛盾：一方面，电子数据取证的普遍化，驱使侦查取证主体资质一般化；另一方面，电子数据取证的技术化，又要求侦查人员取证能力专业化。尽管以鉴代侦具有一定的实践合理性，但其最大的问题是模糊了侦查取证与司法鉴定的边界。

* 西南政法大学刑事侦查学院教授。

本文系重庆市社会科学规划项目“从结构失衡到结构优化：中国式司法鉴定制度的现代化研究”（2023NDYB43）的阶段性成果。

〔1〕 参见裴煜：《侦鉴分离制度研究》，华中科技大学出版社2017年版，第112页以下；郭华：《侦查机关内设鉴定机构的负面影响与消解》，《现代法学》2009年第6期，第150页以下；陈永生：《中国司法鉴定体制的进一步改革》，《清华法学》2009年第3期，第84页以下；陈邦达：《侦鉴一体的弊端与改造》，《中国司法鉴定》2015年第4期，第40页以下。

对于公安机关电子数据取证阶段的以鉴代侦问题，目前理论研究寥寥。现有研究大都倾向于指出，鉴定人从原始存储介质、特别是手机中提取电子数据的司法鉴定活动，本质上属于公安机关的搜查措施。^{〔2〕}但既有研究缺乏统一分析框架，而且没有注意到鉴定人的司法鉴定活动并不等同于侦查人员的侦查取证措施，所以不能体系化地解读并解释电子数据司法鉴定的扩张趋势及其引发的以鉴代侦现象。

本文的论证建立在三个理论命题之上：一是“分析型鉴定”属于典型的司法鉴定活动，而“发现型鉴定”等同于侦查人员的侦查取证；二是司法鉴定是适用于整个诉讼阶段的证据方法，为保证司法鉴定的独立性，侦鉴应当分离；三是公安机关的侦查取证权具有专属性，不可随意转让或委托。基于上述命题，本文首先分析电子数据司法鉴定的两种类型，然后分别讨论这两类司法鉴定所导致的以鉴代侦问题，最后试图在制度层面重塑公安机关电子数据取证的侦鉴关系或侦鉴边界。

一、电子数据司法鉴定的两种类型

公安机关侦查取证，包括证据的发现、固定、提取、保存、分析或移交鉴定等环节。^{〔3〕}这一取证流程大致分为两个阶段：一是证据的收集提取阶段；二是证据的分析解读阶段。在前一阶段，公安机关的主要任务是发现、固定、提取并保存各类证据；在后一阶段，公安机关的主要任务是分析、解读已收集的证据（包括证据载体和证据信息）。公安机关侦查取证的两个阶段具有逻辑递进性，但在侦查取证实践中，上述两个阶段存在一定程度的交融：侦查人员的证据分析解读贯穿于证据收集提取阶段；同样，在证据分析解读阶段，侦查人员也可能进一步收集提取新的证据。

在侦查取证的上述两个阶段，侦查人员都可能碰到自身难以解决的专门性问题。2018年刑事诉讼法第146条规定，公安机关“为了查明案情，需要解决案件中某些专门性问题的時候，应当指派、聘请有专门知识的人进行鉴定”。基于此，公安机关在侦查取证阶段可以启动两类司法鉴定：一类是以收集提取证据为目的的司法鉴定，旨在解决侦查人员收集提取证据过程中遇到的专门性问题，可称之为“发现型鉴定”；一类是以分析解读、判断识别证据为目的的司法鉴定，诸如证据的种类认定、同一认定、功能认定等，重在解决侦查人员分析解读证据过程中面临的专门性问题，可称之为“分析型鉴定”。^{〔4〕}

通常来说，公安机关侦查取证中的司法鉴定，主要是指以分析解读证据为目的的分析型鉴定。因为在证据的收集提取阶段，公安机关一般不认为存在需要鉴定人解决的专门性问题。虽然指印、足迹、DNA或其他痕迹物证的收集提取具有技术依赖性，但公安机关的一线办案部

〔2〕 参见骆绪刚：《电子数据搜查扣押程序的立法构建》，《政治与法律》2015年第6期，第154页以下；胡铭、王林：《刑事案件中的电子取证：规则、实践及其完善》，《政法学刊》2017年第1期，第84页；陈永生：《刑事诉讼中搜查手机的法律规制》，《现代法学》2018年第6期，第135页以下。目前，只有个别文献提到公安机关电子数据取证中的以鉴代侦现象。参见周浩：《电子数据检查环节的审查判断》，《中国律师》2021年第4期，第73页；薛楠：《行为越权与制度优化：电子数据取证中的第三方参与》，《数字法治》2023年第1期，第180页。

〔3〕 言词证据的取证与实物证据存在差异，本文的讨论对象主要是书证、物证、电子数据等实物证据。

〔4〕 这一分类受到如下观点的启发：电子数据司法鉴定可分为以“发现证据”为目标的司法鉴定和以“评估证据”为目标的司法鉴定。参见杜志淳、廖根为：《电子数据司法鉴定主要类型及其定位》，《犯罪研究》2014年第1期，第68页。

门基本上都配置了专业化的取证队伍,即具有侦查人员身份的刑事技术人员。同时,传统证据收集提取的对象、场景、技术和程序等趋于固化,刑事技术人员较少遇到难以解决的专门性问题。即便遇到专门性问题,根据2018年刑事诉讼法第128条,公安机关也可以指派或者聘请具有专门知识的人,在侦查人员的主持下进行勘验、检查。此外,刑事侦查取证还具有时效性和主体特定性要求,而且可能干预当事人的基本权利(如强制采样、搜查),因此,以司法鉴定方式即发现型鉴定解决公安机关侦查取证中的专门性问题,一则会降低侦查效率,延误办案时机;二则鉴定人代替侦查人员取证、特别是采取强制性侦查取证措施,会违背取证主体合法性、特定性等原则。或许有鉴于此,2018年刑事诉讼法第128条把公安机关现场勘查中专业性特别强的尸体检验也界定为侦查行为,检验主体必须是侦查人员,而不能是鉴定人。尸体检验的一切情况都应详细写成笔录,由侦查人员和实施检验的法医或医师签名或盖章。哪怕公安机关指派或聘请具有专门知识的人参与尸体检验,也必须在侦查人员的主持下进行,以确保尸体检验依法进行。〔5〕

但是,电子数据的技术性特征及其对取证主体的专业化要求,改变了公安机关侦查取证阶段司法鉴定类型的单一性。随着传统犯罪的网络化以及网络犯罪的多元化,电子数据成为我国公安机关侦查取证的主要对象。电子数据取证给公安机关的侦查取证带来两方面变化:一是电子数据取证的普遍化,驱使侦查取证主体资质一般化;二是电子数据取证的技术化,又要求侦查取证主体专业化。二者之间的矛盾,一定程度体现在表1列举的制度规范层面。

表1 相关规范对电子数据取证主体的资格要求

| 规范名称 | 所涉条款 | 对取证主体的具体要求 |
|---|-------------|------------------------------------|
| 公安部《计算机犯罪现场勘验与电子证据检查规则》(2005年) | 第6条、第8条 | 具备专业知识和技能的侦查人员;网安部门组织实施 |
| 《公安机关执法细则》(第3版)(2016年) | 第18章第10节第1条 | 具备相关专业知识的侦查人员 |
| 《最高人民法院、最高人民检察院、公安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》(2014年) | 第13条 | 具备相关专业知识的侦查人员 |
| 《最高人民法院、最高人民检察院、公安部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》(2016年) | 第7条 | 普通侦查人员 |
| 《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》(2019年) | 第6条、第44条 | 收集提取电子数据:普通侦查人员;电子数据检查:具有专业技术的侦查人员 |

一是电子数据取证主体的一般化。在最初阶段,从事电子数据取证的侦查人员应当具备专业知识和技能,并由公安机关内部网络安全保卫部门负责组织实施。但随着信息技术的发展,通常由网安部门负责的电子数据收集提取活动,已经变成一项基础性、经常性的侦查工作。但网安部门警力有限,难以承担所有的电子数据取证工作,因此一律要求取证人员具备相

〔5〕 参见王爱立主编:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》,法律出版社2018年版,第278页以下;孙茂利主编:《公安机关办理刑事案件程序规定释义与实务指南》,中国长安出版传媒有限公司2021年版,第511页;陈光中主编:《刑事诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2021年版,第314页。

应的专业知识，显然不符合现实需要。〔6〕2016年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部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》（以下称“电子数据规定”）第7条顺应侦查实践，不再要求参与电子数据取证的侦查人员具备相关专业知识。但是，对于技术性强的电子数据取证活动，公安机关依然得选派具有相关专业知识的侦查人员。例如，考虑到电子数据检查的技术难度高于各类电子数据收集提取措施，2019年《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》（以下称“电子数据取证规则”）一方面将电子数据检查独立于电子数据收集提取，另一方面要求电子数据检查主体是二名以上具有专业技术的侦查人员。〔7〕取证主体资格资质的二元化，意味着电子数据的基本处理工作（主要是收集提取活动）应属普通侦查人员的基本技能，而不再是具有专业知识的少部分侦查人员的专属工作。

二是电子数据取证主体的专业化。由于需要同时运用数字技术和电子技术，电子数据取证的技术复杂程度远超一般的物理证据，〔8〕所以对取证主体的专业知识、技术水平有特别要求。与传统取证的对象、技术、方法趋于稳固化、程式化相比，电子数据的取证对象、取证设备、技术方法变化太快，〔9〕除了一些简单的操作，普通侦查人员事实上很难有效胜任电子数据的收集提取，更不用说更加专业的电子数据检查。而且，除了普通侦查人员面临的技术门槛，基层公安机关具备专业技术的侦查人员也十分匮乏。因此，电子数据取证打破了公安机关侦查取证需求与取证能力之间的平衡。

取证主体一般化与取证能力专业化之间的矛盾，导致公安机关在收集提取电子数据阶段面临大量专门性问题。于是，传统证据收集提取阶段并不常见的发现型鉴定，经常出现在电子数据取证中。根据目前主流观点，电子数据司法鉴定涉及电子数据的存在性鉴定、真实性（完整性）鉴定、关联性鉴定、功能性鉴定和相似性鉴定等。其中，电子数据的存在性鉴定是典型的发现型鉴定。存在性鉴定是指鉴定人对电子数据的提取、固定和恢复，既包括对存储介质、电子设备中电子数据的提取、固定和恢复，也包括对网络（如网站、远程主机、网盘、云计算环境等）中电子数据的提取、固定。由于电子数据以二进制代码形式存储，采用不同编码方式和加密方式，所以发现型鉴定在当前电子数据检验鉴定中占据主要地位。〔10〕

电子数据的发现型鉴定和分析型鉴定具有司法鉴定的一些共性，如都适用鉴定人回避制度，在同一案件中鉴定人和侦查人员的角色不得兼容，鉴定人应当保持客观独立，等等。但二者至少存在如下两点重要区别：

一是功能不同。发现型鉴定的主要功能，是收集提取与案件相关的电子数据。而且，由于电子数据检查的目的是“进一步发现和提取与案件相关的线索和证据”（“电子数据取证规则”第43条），是故发现型鉴定可适用于电子数据收集提取、检查两个阶段。在发现型鉴定中，司法鉴定的过程同时也是电子数据的收集提取或检查过程。鉴定人既是司法鉴定主体，也是如同侦查人员的电子数据收集提取或检查主体。发现型鉴定的对象既可以是存储介质，也可

〔6〕 参见周加海、喻海松：《〈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〉的理解与适用》，《人民司法（应用）》2018年第27期，第33页。

〔7〕 参见田虹、翟晓飞、王艺箴：《〈公安机关办理刑事案件电子数据取证规则〉的理解与适用》，《派出所工作》2019年第3期，第11页。

〔8〕 参见熊洁：《基于电子取证的分层次实验教学模式》，《理论观察》2016年第2期，第168页。

〔9〕 参见陈钰、廖根为：《计算机网络司法鉴定初探》，《犯罪研究》2007年第1期，第32页。

〔10〕 参见刘浩阳、杨秀雷：《电子数据委托检验与鉴定的技术和实践》，《警察技术》2021年第3期，第28页。

以是与犯罪活动相关的网络空间或远程计算机信息系统。分析型鉴定的主要功能，是鉴别和判断电子数据的真实性、关联性和功能性等，鉴定对象通常是电子数据而非存储电子数据的载体。与发现型鉴定不同，分析型鉴定发生在电子数据收集提取、检查之后的证据信息分析、解读阶段。电子数据的收集提取、检查和司法鉴定属于公安机关的不同取证阶段，实施主体分别是侦查人员和鉴定人。

二是结果表现不同。分析型鉴定是鉴定人根据公安机关的指派或聘请，基于鉴定要求对鉴定材料进行鉴别、判断之后，作出具体的鉴定意见。鉴定意见是一种衍生性证据，鉴定人不是为了获取电子数据，而是对已经收集的电子数据的相关情况进行专业判断。在分析型鉴定中，鉴定人提供单一的鉴定意见。但在发现型鉴定中，鉴定人经过鉴定后提供两类证据：鉴定人收集提取、检查所获得的电子数据；鉴定人出具的鉴定意见。其中，鉴定意见附属于电子数据。申言之，鉴定意见的功能只是证明鉴定人在相关载体或网络空间中取得相关电子数据，其本身不能直接证明案件事实，它类似于其他电子数据取证措施中侦查人员制作的各类笔录。所以，发现型鉴定中的鉴定意见，只是证明电子数据真实、合法的辅助性证据。

综上所述，传统痕迹物证的收集提取，主要由公安机关内部的专业技术人员负责，基本上不存在以收集提取证据为目的的发现型鉴定，所涉及的司法鉴定通常是鉴定人对证据材料进行鉴别、判断的分析型鉴定。而电子数据取证专业化、普遍化与基层公安机关取证能力弱、取证资源少的矛盾，驱使司法鉴定向前延伸到电子数据的收集提取、检查阶段。单一的分析型鉴定，在电子数据取证中演变为“发现型鉴定+分析型鉴定”的二元格局。

二、电子数据取证阶段的以鉴代侦

以鉴代侦，是指公安机关以鉴定人的司法鉴定代替侦查人员取证。电子数据的侦查取证存在两种类型的以鉴代侦现象，不仅发现型鉴定属于典型的以鉴代侦，在分析型鉴定中某种程度上也存在以鉴代侦的问题。

（一）电子数据取证的三阶段结构

电子数据与传统证据的侦查取证存在阶段性差异。传统证据的侦查取证一般分为两个阶段——通过现场勘验、检查、搜查、扣押等以发现、固定、提取证据的收集提取阶段；以分析解读证据为目的的司法鉴定阶段。^{〔11〕}传统取证以侦查人员的证据收集提取为主、鉴定人的司法鉴定为辅，这是因为公安机关只有在分析解读证据遇到专门性问题时，才需要启动司法鉴定。但是，电子数据的形式和来源过于复杂，通过简单收集提取的电子数据，侦查人员很难清晰证明某一犯罪事实，“收集提取—司法鉴定”两个阶段难以保证侦查人员完成全部侦查任务。例如，侦查人员对现场提取的加密电子数据，要进一步解密才能移送鉴定；对于现场制作的存储介质镜像文件，如果数据被删除，则需要恢复提取之后再移送鉴定。在2016年之前，侦查人员扣押有关原始存储介质之后，会把从原始存储介质提取、恢复、解密电子数据的技术性工作交给鉴定机构完成。但是，这些工作不宜被归结为需要鉴定的专门性问题，因此，“电子数据规定”和“电子数据取证规则”在电子数据收集提取和司法鉴定之间，加入了电子数

〔11〕 证据的分析解读大多无需鉴定人检验鉴定，普通侦查人员即可胜任。但是，为了强调分析解读的专业性以及司法鉴定阶段与收集提取阶段之间的关系，本部分把证据的分析解读阶段简化为证据的司法鉴定阶段。

据检查环节，由侦查人员对电子数据进行进一步的恢复、破解、统计、关联、比对等。^{〔12〕}

电子数据检查既是公安机关独立的取证阶段，也是一种独立的取证措施。^{〔13〕}作为独立的取证阶段，电子数据检查是现场侦查工作的自然延续。作为取证措施，电子数据检查的对象是侦查人员已扣押的原始存储介质或者已提取的电子数据，其目的是进一步发现、提取与案件相关的线索和证据。数据恢复、破解、搜索、仿真、关联、统计、比对等检查方式，都是侦查人员以科学方法客观反映电子数据本身内容，而不是根据这些数据进行主观鉴别和判断。因此，以发现、提取与案件相关的线索和证据为目的的电子数据检查，实际上与其他电子数据收集提取措施的功能是等同的。只不过电子数据检查倾向于精准取证，而现场提取电子数据、网络远程勘验、网络在线提取等措施更多属于概括性取证。电子数据收集提取阶段的概括性取证，是驱动创建电子数据检查的重要原因。电子数据检查是侦查人员的侦查取证行为，而不是鉴定人对专门性问题作出判断的司法鉴定活动。电子数据检查笔录和鉴定意见分别属于2018年刑事诉讼法第50条规定的不同证据种类。当然，考虑到电子数据检查的侦查属性和技术特性，“电子数据取证规则”第44条一方面要求检查人员必须是具有专业技术的侦查人员，另一方面规定公安机关可以指派或聘请具有专门知识的人辅助侦查人员进行检查。

电子数据的复杂性、技术性特征，将公安机关侦查取证的“收集提取—司法鉴定”两阶段结构，改造为“收集提取—检查—司法鉴定”三阶段结构。^{〔14〕}电子数据取证的三阶段结构具有三个典型特征：第一，取证需求随取证阶段的进展呈收缩状态。收集提取电子数据是侦查取证的第一阶段和主要任务，如果需要通过数据恢复、破解、搜索、比对等进一步发现、提取与案件相关的线索和证据，侦查人员才需要进行电子数据检查。同理，侦查人员在收集提取或检查电子数据之后，认为有必要时才会启动司法鉴定。第二，电子数据收集提取、检查是司法鉴定的前置阶段。侦查人员收集提取电子数据之后，如果不需要进入检查阶段，则可以直接启动司法鉴定；如果需要经过检查，则在电子数据检查之后再启动司法鉴定。司法鉴定是电子数据阶段性取证结构的最后一环。^{〔15〕}第三，电子数据司法鉴定的主体和电子数据收集提取、检查的主体不同。电子数据收集提取、检查具有侦查属性，实施主体是侦查人员。电子数据司法鉴定的主体是具有专门知识的鉴定人，而不是具有侦查取证权的侦查人员。

基于上述分析可以看到，在电子数据“收集提取—检查—司法鉴定”的三阶段取证结构中，处于末端的司法鉴定属于分析、解读电子数据信息的分析型鉴定。它是鉴定人接受公安机关的指派或委托，对侦查人员在收集提取或检查阶段已经获取的电子数据进行鉴别、判断，而不以发现、固定、提取电子数据为目的。这似乎表明，“电子数据规定”和“电子数据取证规则”排斥了鉴定人的发现型鉴定。

（二）以鉴代侦的两种表现形式

其一，发现型鉴定的以鉴代侦。电子数据收集提取、检查的功能，是发现、固定、提取与

〔12〕 参见刘浩阳等：《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则释义与实务指南》，中国人民公安大学出版社2020年版，第183页。

〔13〕 电子数据检查具有取证阶段与取证措施的复合性，本文在不同语境分别强调其阶段属性或措施属性。

〔14〕 需要注意的是：首先，电子数据取证还包括侦查实验，它也介于电子数据收集提取与检验鉴定之间，但不是本文的研究对象。其次，在“电子数据规定”和“电子数据取证规则”的具体规定中，与电子数据收集提取、检查阶段并列的是电子数据检验、鉴定，但电子数据“检验”和“鉴定”并无本质区别（参见喻海松：《刑事诉讼法修改与司法适用疑难解析》，北京大学出版社2021年版，第190页），故本文统称为“鉴定”。

〔15〕 严格来说，司法鉴定不属于侦查取证措施，启动司法鉴定才是公安机关电子数据取证的一种重要措施。

案件相关的电子数据。发现型鉴定同样以发现、固定、提取相关电子数据为目标，于是鉴定人的发现型鉴定的功能与侦查人员的电子数据收集提取、检查的功能几乎完全等同。^{〔16〕}因此，在电子数据的取证实实践中，公安机关委托鉴定人实施发现型鉴定，其实就是以鉴定人的司法鉴定代替侦查人员自行取证。

基于现代诉讼的一般法理，在同一案件中，鉴定人、侦查人员具有角色唯一性或身份排斥性，即他们选择了鉴定人身份或角色，就不能再以侦查人员的身份或角色参与同一案件；反之亦然。^{〔17〕}即便是公安机关内部同时具有侦查人员身份和鉴定人身份的警察，也不能在同一案件中同时以这两种身份参与办案。诉讼角色的唯一性和诉讼身份的排斥性，都是为了保证鉴定人的客观独立性，以避免具有追诉性质的侦查活动影响鉴定意见的科学可靠性。既然鉴定人、侦查人员是两类法律性质不同的诉讼参与人，那么在具体办案过程中，鉴定人就不应当同时具有侦查人员的身份，司法鉴定活动当然也就不属于侦查取证措施，而是适用于整个诉讼阶段的一类证据方法。^{〔18〕}事实上，电子数据的收集提取和检查是“电子数据规定”“电子数据取证规则”赋予公安机关及其侦查人员的专属权力，通常不可转让或委托。而以鉴代侦就是指公安机关以不具备侦查人员身份的鉴定人代替侦查人员取证，并以司法鉴定所提取的电子数据作为证明案件事实的依据。

需要说明的是，在电子数据收集提取和检查阶段，并不是任何时候都可能或者需要公安机关启动发现型鉴定。一般情况下，对于扣押、封存原始存储介质，侦查人员大多可以自行为之。调取电子数据、冻结电子数据是由电子数据持有人、网络服务提供者或者有关部门协助执行，公安机关没有移送司法鉴定的必要。现场提取电子数据、网络在线提取电子数据、网络远程勘验等取证措施则存在较高的技术门槛，公安机关有以鉴代侦的现实需要。至于电子数据检查，其技术难度大多高于电子数据的收集提取，侦查实践中发生以鉴代侦的概率更高。因此，才能看到并合理解释如下规范性规定：2020年司法部《声像资料司法鉴定执业分类规定》第18条规定的电子数据存在性鉴定范围，主要包括对存储介质和电子设备中电子数据的提取、固定和恢复，以及对公开发布的或经所有权人授权的网络数据的提取和固定。存在性鉴定与网络在线提取电子数据、网络远程勘验、电子数据检查等措施具有功能等同性。

其二，分析型鉴定的以鉴代侦。分析型鉴定是电子数据“收集提取—检查—司法鉴定”递进式取证结构的最后一环。这一结构说明“侦查—鉴定”应当采取取证阶段和主体的二元分离模式：侦查人员先在电子数据收集提取和检查阶段取得作为鉴定材料的电子数据，然后由公安机关指派或委托鉴定人对其功能性、相似性或同一性等进行司法鉴定。鉴鉴分离的根本目的是保障司法鉴定的客观独立，祛除刑事侦查不当影响甚至干预司法鉴定的历史积弊。^{〔19〕}所以，2005年《公安机关电子数据鉴定规则》第14条、2017年《公安机关鉴定规则》第8条同时强调，公安机关内部的鉴定人有权要求鉴定委托单位提供必需的检材以及与鉴定有关的鉴

〔16〕 参见田庆宜、付飞：《电子数据检查关键技术与实践》，《警察技术》2021年第3期，第21页。

〔17〕 2018年刑事诉讼法第29条规定，担任过本案鉴定人的，不能再以侦查人员身份参与侦查。2017年《公安机关鉴定规则》第10条也要求，如果鉴定人担任过本案侦查人员，应当自行回避。

〔18〕 相似观点，参见徐静村：《论鉴定在刑事诉讼法中的定位》，《中国司法鉴定》2005年第4期，第3页；前引〔1〕，郭华文，第153页。

〔19〕 参见前引〔1〕，裴煜书，第149页。

定材料，而未授权鉴定人可以直接提取作为鉴定材料的电子数据。当然，2016年司法部《司法鉴定程序通则》第24条规定，经委托人同意，鉴定人可以到现场提取鉴定材料。但这只是例外情况而非常规操作，适用于诸如鉴定材料比较特殊，无法直接移交鉴定人，或者鉴定人在鉴定过程中发现现有鉴定材料不能满足鉴定需求等少数情况。^[20]

侦查实践中，公安机关在电子数据收集提取或检查阶段确实也会面临取证方面的专门性问题。为了解决发现、固定、提取鉴定材料方面的技术难题，鉴定人有时会提前介入电子数据检查阶段，甚至更前端的收集提取阶段，然后根据自己提取的电子数据进行分析型鉴定。^[21]鉴定人参与阶段和时间的向前延伸，形成了集电子数据收集提取、检查、司法鉴定于一体的侦鉴一体化模式。侦鉴一体化模式模糊了“侦查—鉴定”阶段和主体的二元分离结构。由于电子数据收集提取和检查阶段的法定取证主体是公安机关及其侦查人员，所以电子数据取证的侦鉴一体化模式，反映了公安机关以鉴定人的司法鉴定代替侦查人员提取作为鉴定材料的电子数据，并导致了电子数据侦查取证权的委托或转让。

（三）以鉴代侦的发生机制

以鉴代侦主要根源于公安机关的取证能力与电子数据的取证需求不匹配。在网络犯罪时代，电子数据取证的普遍化和专业化，同时要求侦查取证主体资质的一般化和取证能力的专业化：取证主体资质一般化，是为了回应公安机关电子数据取证人才不足的问题；取证能力专业化，是为了保障电子数据取证的客观真实。但是，侦查取证主体资质的一般化与取证能力的专业化之间存在矛盾。放宽取证资质，普通侦查人员面临取证能力不足的问题；要求取证主体具有专业技术知识，公安机关又面临取证人才短缺的问题。“电子数据取证规则”试图调和这一矛盾，一方面规定电子数据的收集提取主体是普通侦查人员，另一方面要求电子数据检查主体是具有专业技术的侦查人员。但是，取证主体资质的分化，只能部分缓解上述问题。不仅普通侦查人员仍然可能无法胜任技术门槛高的电子数据收集提取工作，而且基层公安机关具有专业技术的侦查人员缺口依旧很大，同时也可能面临电子数据检查方面的技术难题。

电子数据取证需求与公安机关取证能力之间的矛盾，当然可以通过指派或聘请有专门知识的人辅助侦查人员取证来解决。根据“电子数据取证规则”第6条、第44条，公安机关可以指派或聘请专业技术人员在侦查人员主持下收集提取电子数据，或者指派、聘请有专门知识的人参与电子数据检查。从侦查实践看，在电子数据收集提取、检查阶段，专业技术人员或有专门知识的人（以下统称“有专门知识的人”）辅助侦查人员取证是相当普遍的。尽管如此，目前有专门知识的人辅助侦查人员进行电子数据取证还是存在一些问题。

第一，程序参与问题。在网络犯罪侦查中，公安机关通常与第三方科技公司签订长期合作合同，或者在个案中根据办案需要签订具体协议，由后者派驻或指派技术人员，并以公司名义辅助侦查人员取证。但是，2018年刑事诉讼法、“电子数据取证规则”都只提到“有专门知

[20] 参见司法部公共法律服务管理局：《〈司法鉴定程序通则〉释义》，中国政法大学出版社2020年版，第73页。

[21] 具体来说，分析型鉴定的以鉴代侦是指鉴定人接受公安机关的委托之后，代替侦查人员去搜集与案件相关的鉴定材料。但在侦查实践中，由于尚未搜集到鉴定材料，公安机关往往无法提出明确的鉴定委托要求，而且鉴定机构一般也不会受理公安机关无明确鉴定要求和具体鉴定材料的鉴定委托，所以鉴定人最初参与公安机关的侦查取证，可能并非基于司法鉴定的需要，而是作为有专门知识的人辅助侦查人员取证。随着侦查取证的推进，公安机关再委托鉴定人进行司法鉴定，或者补办司法鉴定委托手续。

识的人”“专业技术人员”，并没有为第三方公司辅助侦查人员取证提供制度通道。第三方公司是否属于有专门知识的人，有专门知识的人的诉讼角色是专家辅助人还是专家证人，这些问题既缺乏制度规定，也未在理论层面达成共识。^[22]同时，与2018年《最高人民法院关于指派、聘请有专门知识的人参与办案若干问题的规定（试行）》不同，公安机关在侦查阶段如何以及何时指派、聘请有专门知识的人参与办案，缺乏制度层面的操作规则。制度供给不足、缺乏操作性规则，既阻碍了第三方公司及其技术人员合法合规参与侦查阶段的电子数据取证，也暴露出当前公安机关指派、聘请有专门知识的人的程序存在随意性。

第二，责任风险问题。相比公安机关及其侦查人员，第三方公司及其技术人员整体上更具专业技术优势。但是，侦查（取证）权的法定性和专属性决定了，第三方公司及其技术人员不能独立开展电子数据取证工作，而只能协助侦查人员取证。电子数据取证主体的法定性与专业性矛盾产生了两方面问题：一是侦查人员是电子数据取证的法定主体和责任主体，需要承担第三方公司及其技术人员取证带来的技术风险和法律风险；二是侦查人员与第三方公司及其技术人员存在知识和信息的不对称，侦查人员缺乏监督后者遵循电子数据取证技术要求与标准从而保障电子数据真实可靠的实质能力。概言之，第三方公司及其技术人员的辅助取证，导致侦查人员面临取证责任与法律风险实质化和取证权力与取证主体形式化的双重压力。

第三，证据效力问题。正式制度供给不足，驱使第三方公司及其技术人员参与电子数据取证的角色和功能趋于隐性化。第三方公司及其技术人员的隐性参与，进一步加剧了侦查人员电子数据取证主体和取证功能的形式化。例如，在第三方公司及其技术人员单独取证之后，再由侦查人员补充完善取证手续和证据形式。公安机关及其侦查人员取证的形式化与第三方公司及其技术人员取证的隐性化，有时难以消除检察机关或辩方对电子数据取证专业化和侦查人员取证能力不足的质疑。而第三方公司及其技术人员独立收集提取的电子数据，又不能作为法定证据使用。此外，侦查人员的电子数据检查类似于鉴定人的司法鉴定，公安机关收集提取电子数据之后又以自身名义出具检查报告，这存在既当运动员又当裁判员之嫌。^[23]因此，在重大疑难案件中，检法机关倾向于不认同电子数据检查报告，而要求公安机关指派或聘请鉴定人出具司法鉴定意见。

正是基于第三方公司及其技术人员参与侦查取证存在的上述弊端，具有独立取证诉讼地位的司法鉴定便成为公安机关电子数据取证的另一重要途径。

第一，司法鉴定介入侦查的程序相对规范。“电子数据规定”第17条、“电子数据取证规则”第55条都规定，公安机关可以指派或聘请鉴定人解决电子数据取证涉及的专门性问题。同时，《公安机关电子数据鉴定规则》《公安机关鉴定规则》《司法鉴定程序通则》等也对电子数据司法鉴定的委托、受理、实施等规定有相当规范的操作程序。而且，如果较真的话，“电子数据规定”和“电子数据取证规则”并未明文否定发现型鉴定，电子数据取证的权威教程、^[24]取证（包括司法鉴定）技术标准也都承认发现型鉴定（表2）。此外，如前所述，《司法鉴定程序通则》第24条亦规定，经委托人同意，鉴定人可以到现场提取鉴定材料。

[22] 参见陈如超：《专家参与刑事司法的多元功能及其体系化》，《法学研究》2020年第2期，第89页以下；张保生、董帅：《中国刑事专家辅助人向专家证人的角色转变》，《法学研究》2020年第3期，第160页以下。

[23] 参见庄乾龙：《刑事电子数据证据的收集与运用》，中国人民公安大学出版社2022年版，第53页。

[24] 参见刘浩阳、李锦、刘晓宇主编：《电子数据取证》，清华大学出版社2015年版，第377页以下。

表 2 部分电子数据取证技术标准

| 标准类型 | 标准名称 |
|---------|-------------------------------------|
| 国家标准 | GB/T 29360-2023 电子物证数据恢复检验规程 |
| | GB/T 29362-2023 电子物证数据搜索检验规程 |
| 司法部行业规范 | Sf/Z JD0400001-2014 电子数据司法鉴定的通用实施规范 |
| | Sf/Z JD0400002-2015 电子数据现场获取通用规范 |
| | Sf/Z JD0401002-2015 手机电子数据提取操作规范 |
| 公共安全标准 | GA/T 756-2008 数字化设备证据数据发现提取固定方法 |
| | GA/T 825-2009 电子物证数据搜索检验技术规范 |
| | GA/T 826-2009 电子物证数据恢复检验技术规范 |

第二，以鉴代侦可以解决公安机关电子数据取证的合法性与技术性矛盾。由于鉴定人及其司法鉴定活动受到诉讼规制和行政管理两个维度的约束，^{〔25〕} 公安机关以司法鉴定的方式进行电子数据取证，可以同时满足取证主体的合法性要求和技术性要求。相比侦查人员，鉴定人具有电子数据取证的专业技术优势；相比第三方公司及其技术人员，鉴定人具有独立的取证地位，鉴定意见属于法定证据种类。因此，司法鉴定人的单一功能，实质上等同于“侦查人员 + 技术人员”的复合功能，这至少在形式上回避了电子数据取证主体不合法或资质不合格的问题。同时，鉴定人作为独立的法律责任主体，应当独立承担电子数据取证的技术风险 and 法律责任。此外，司法鉴定这种取证方式更具权威性、专业性，鉴定人集电子数据收集提取、鉴定于一体，某种程度上也有助于保障鉴定质量，提高侦查取证效率。

整体来看，公安机关在电子数据收集提取和检查阶段存在三种取证方式：一是侦查人员自行取证；二是第三方公司及其技术人员辅助侦查人员取证；三是鉴定人通过司法鉴定的方式独立取证。在具体个案中，公安机关选择哪种取证方式，要根据电子数据取证难度、系统内部取证资源、检法机关的证据需求等多种因素综合考虑。但是，只要在电子数据收集提取和检查阶段选择第三种取证方式，公安机关就面临以鉴定人的司法鉴定代替侦查人员自行取证的问题，至于鉴定人是来自公安机关内部的鉴定机构还是外部的社会鉴定机构，并无本质区别。

三、以鉴代侦模糊侦查边界

以鉴代侦尽管具有一定的实践合理性，但它毕竟模糊了侦查取证与司法鉴定的边界，从而产生双重后果：一是规避了对侦查人员电子数据取证行为的制度控制和程序约束；二是弱化了电子数据司法鉴定的独立性和超然性。

（一）规避对侦查取证行为的制度控制

电子数据取证权是公安机关及其侦查人员的专属权力。根据宪法和刑事诉讼法的相关条款，除侦查机关及其具有侦查资格的侦查人员之外，其他任何机关、团体、个人或侦查机关的非侦查职能部门及不具备侦查人员资格的工作人员，都无权行使侦查权或采取侦查措施。^{〔26〕}

〔25〕 参见吴洪洪：《刑事诉讼专门性证据的扩张与限制》，《法学研究》2022年第4期，第175页。

〔26〕 参见樊崇义主编：《刑事诉讼法学》，法律出版社2020年版，第337页；郭晓彬主编：《刑事侦查学》，群众出版社2002年版，第54页。

侦查权的国家权力属性，决定了公安机关及其侦查人员只有执行侦查权之职责，而无处分侦查权之权力，即不可把执行侦查权的职责委托或转让给非侦查权主体。^[27]“侦查”是指公安机关对于刑事案件依照法律进行的收集证据、查明案情的工作和有关的强制性措施（2018年刑事诉讼法第108条第1项）。作为公安机关侦查权重要内容的侦查取证权、当然也包括电子数据取证权，同样具有权力专属性或国家垄断性，同样不可转让或委托其他主体代为行使，否则属于侦查取证主体的泛化。

具体来说，电子数据侦查取证权的专属性或垄断性主要表现在两方面：

第一，取证主体合法是证据具有合法性或证据能力的前提条件。^[28]“电子数据取证规则”构建的“收集提取—检查—司法鉴定”的三阶段递进式取证结构，说明电子数据收集提取、检查的法定主体只能是侦查人员，而不是没有侦查取证权限的鉴定人。在电子数据的收集提取和检查环节，侦查阶段尚未结束，电子数据取证不能直接进入司法鉴定阶段。^[29]对于侦查人员在收集提取、检查阶段遇到的专门性问题，公安机关可以指派或聘请有专门知识的人辅助侦查人员取证，而不能以鉴定人的司法鉴定代替侦查人员取证。在2016年之前、特别是2012年之前，尚未规定专门的电子数据侦查取证措施，甚至没有赋予电子数据独立的证据地位，通过司法鉴定转化提取电子数据的方式，可以看作是公安机关基于侦查实践的灵活变通。但是，在“电子数据取证规则”已经明确规定侦查人员是电子数据收集提取、检查的法定主体之后，公安机关依旧采取以鉴代侦的方式，就背离了侦查取证权不可转让或委托的制度逻辑。

第二，公安机关的电子数据取证权具有强制性。^[30]电子数据及其载体，承载着数据持有人或数据主体的相关权利或利益。公安机关及其侦查人员收集提取、检查电子数据，难免会限制或剥夺相关主体、特别是犯罪嫌疑人的自由、财产权、隐私权等重要权益。为避免侦查人员的侦查取证权被滥用，保护相关人员的重要权益不被非法侵害，“电子数据规定”“电子数据取证规则”等系列规范，在制度层面体系化地塑造了电子数据取证措施，以明确每一类取证措施的取证主体、取证对象、取证条件、取证程序、违法救济等结构性要素。^[31]

基于侦查取证权的专属性和强制性，我国采取了侦查人员前端取证、鉴定人后端鉴定的侦查分离模式。侦查分离可以避免鉴定人代替侦查人员取证，特别是避免鉴定人实施干预相关主体重大权益的强制性侦查取证行为。然而，公安机关以鉴定人的司法鉴定代替侦查人员取证，不仅形式上违背了电子数据取证措施的程序法定原则，而且实质上规避了对侦查人员取证权的制度约束，导致侦查取证主体的泛化，即侦查取证主体从侦查人员转换为鉴定人。

上述制度弱化或制度规避体现在三方面：

第一，公安机关通过以鉴代侦取得的电子数据不会被排除。以鉴代侦是非侦查主体的鉴定人代替侦查人员取证，属于典型的取证主体不合法，理论上不能产生任何法律效力，^[32]鉴定人通过司法鉴定取得的电子数据应当被视为非法证据。^[33]但遗憾的是，由于我国以电子数据

[27] 参见任惠华、马方主编：《侦查学教程》，法律出版社2014年版，第7页。

[28] 参见前引[26]，樊崇义主编书，第338页；陈瑞华：《刑事证据法》，北京大学出版社2018年版，第133页。

[29] 参见前引[12]，刘浩阳等书，第182页。

[30] 参见前引[5]，陈光中主编书，第302页。

[31] 参见前引[26]，樊崇义主编书，第338页；前引[28]，陈瑞华书，第132页以下。

[32] 参见陈瑞华：《刑事诉讼法》，北京大学出版社2021年版，第365页。

[33] 例如，针对一些地方公安机关将电子数据检查工作直接委托给司法鉴定机构的现象，有人提出鉴定权与侦查权是完全不同的概念，侦查权不能委托，公安机关通过司法鉴定提取证据是违法的，属于非法证据。参见吴国章：《电子证据的审查判断》，载潘金贵主编：《证据·刑辩散思集（第三集）》，中国检察出版社2023年版，第169页。

的真实性审查为中心，^{〔34〕}整个制度体系都没有要求公检法机关排除不合法主体取得的电子数据。^{〔35〕}与此相反，诉讼实践中鉴定人通过司法鉴定收集提取的电子数据，反而更可能被检法机关作为定案根据使用。^{〔36〕}

第二，公安机关以司法鉴定代行本应由侦查人员实施的强制性电子数据取证措施。既有研究表明，电子数据取证中的现场提取电子数据、网络远程勘验，特别是电子数据检查，在很多情况下其实就是电子数据搜查，网络远程勘验与技术侦查之间也是边界模糊。在制度层面，由于各类电子数据侦查取证措施的性质不明、边界不清，公安机关及其侦查人员常常以任意侦查之名（的取证措施）代行强制侦查之实（的取证手段）。^{〔37〕}这种避实就虚的取证策略，本就导致对公安机关及其侦查人员取证权的制度控制和对相关主体权益的保障双重弱化，而公安机关以非侦查主体的鉴定人代替侦查人员对电子数据进行收集提取和检查，已经不只是大幅弱化权力控制和权利保障的问题，而是完全架空或规避权力控制和权利保障。

第三，以鉴代侦规避了当事人对公安机关及其侦查人员取证权的制约。在电子数据取证中，本来当事人权利的制约对象是公安机关及其侦查人员的取证行为，但以鉴代侦改变了当事人权利的制约对象，即从监督制约公安机关及其侦查人员转变为监督制约非侦查主体的鉴定人。而鉴定意见属于法定证据种类，通常具有权威性、科学性、客观性，公检法机关及其办案人员一般都会推定鉴定意见具有证据能力和证明力。^{〔38〕}当事人、特别是被追诉人推翻鉴定意见的难度大，启动补充鉴定、重新鉴定的概率也相当低。^{〔39〕}如果公安机关拒绝补充鉴定、重新鉴定，当事人并无其他救济途径，鉴定人通过司法鉴定取得的电子数据及其鉴定意见，通常会被公检法机关作为认定案件事实的依据。而且，与鉴定人司法鉴定的封闭性不同，侦查人员的电子数据取证过程相对具有开放性或半开放性，例如现场提取电子数据时需有见证人在场见证（“电子数据取证规则”第19条），实施网络远程勘验需要见证人见证或录像（“电子数据取证规则”第30条），进行电子数据检查应对存储介质拆封过程录像（“电子数据规定”第16条）等等，这些都为当事人制约取证行为提供了制度空间。^{〔40〕}

（二）弱化司法鉴定的独立性

客观独立是司法鉴定的本质特征，也是鉴定意见具有权威性、科学性、公正性的制度保障。鉴定人在司法鉴定活动中处于第三方的中立者地位，独立自主地对鉴定事项作出客观科学

〔34〕 参见胡铭：《电子数据在刑事证据体系中的定位与审查判断规则》，《法学研究》2019年第2期，第177页以下；陈如超：《电子证据审查判断的模式重塑》，《河北法学》2022年第7期，第57页。

〔35〕 当然，2020年《公安机关办理刑事案件程序规定》第71条作了宣示性规定：收集电子数据违反法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。

〔36〕 参见李瑾：《〈公安机关办理刑事案件电子数据取证规则〉的运行和实践——专访规则主要起草人、公安部网络安全保卫局电子数据取证鉴定工作处处长翟晓飞》，《警察技术》2021年第4期，第6页。

〔37〕 参见刘品新：《论计算机搜查的法律规制》，《法学家》2008年第4期，第115页以下；梁坤：《论初查中收集电子数据的法律规制》，《中国刑事法杂志》2020年第1期，第42页；谢登科：《电子数据远程勘验规则反思与重构》，《中国刑事法杂志》2020年第1期，第58页以下；陈永生：《电子数据搜查、扣押的法律规制》，《现代法学》2014年第5期，第111页以下；李荣耕：《电磁记录的搜索及扣押》，《台大法学论丛》第41卷第3期（2012年），第1055页以下；前引〔2〕，骆绪刚文，第154页以下；前引〔2〕，胡铭等文，第84页。

〔38〕 有学者批评指出，我国司法实践中公安司法机关对司法鉴定意见存在过度迷信的问题。参见陈永生：《论刑事司法对鉴定意见的迷信与制度防范》，《中国法学》2021年第6期，第264页以下。

〔39〕 参见陈如超：《当事人启动重新鉴定的行动策略》，《中国司法鉴定》2013年第6期，第1页以下。

〔40〕 正是电子数据检查程序的繁琐性，驱使部分公安机关办案部门优先选择司法鉴定（内部有鉴定机构）而非检查措施来提取电子数据。

的判断,并对鉴定意见独立负责。^[41]因此,2005年《全国人大常委会关于司法鉴定管理问题的决定》第10条、“电子数据取证规则”第57条都专门强调,鉴定工作实行鉴定人负责制,鉴定人应当独立鉴定。鉴定独立的根本逻辑在于,司法鉴定是鉴定人对诉讼中的专门性问题作出的科学认识和判断,^[42]除了服从科学真理,鉴定人不屈服于任何外在力量和内在偏见。即使是公安机关指派的内部鉴定人,一旦接受司法鉴定委托,也不应依附于办案部门。

司法鉴定独立包括外部独立和内部独立,外部独立是指鉴定人独立于委托人,内部独立是指鉴定人独立于鉴定机构及其他鉴定人员(包括同案鉴定人)。考虑到本文的研究范围,司法鉴定独立主要是指在电子数据司法鉴定过程中,鉴定人应当独立于公安机关及其侦查人员。为了保障司法鉴定独立,我国采取了侦鉴分离的机制。一方面,侦鉴分离要求侦查人员与鉴定人角色分离。在同一案件中,鉴定人、侦查人员分别属于不同类型的诉讼参与者。另一方面,侦鉴分离采取公安机关收集提取鉴定材料、鉴定人实施司法鉴定的功能分离。鉴定人一般不是作为鉴定材料的电子数据的收集者,而是公安机关所移送的鉴定材料的司法鉴定者。侦鉴分离的根本目的,主要是为了克服侦鉴合一的弊端:鉴定人受到公安机关、侦查人员以及案件情况的不当影响,以及鉴定人与侦查人员角色重叠所导致的自侦自鉴、自勘自鉴。然而,在公安机关的电子数据取证阶段,以鉴代侦却在一定程度上使得侦鉴合一重现于世。

其一,发现型鉴定的侦鉴合一。发现型鉴定的目的是收集提取电子数据,在发现型鉴定中,电子数据的收集提取与司法鉴定合二为一。司法鉴定意见既附属于电子数据,又成为电子数据的鉴真证据。鉴定人同时承担电子数据收集提取与证明其客观真实合法的双重功能,具有“发现者+证明者”的双重角色。作为发现者,鉴定人利用专业技术收集提取电子数据;作为证明者,鉴定人通过鉴定意见证明所收集提取的电子数据的真实性、关联性和合法性。但问题是,在角色重叠的情况下难免会出现角色冲突,鉴定人中立性的证明者角色,容易滑向偏向性的发现者角色——鉴定人等同于侦查人员。也就是说,发现型鉴定中鉴定人的双重角色可能导致侦鉴合一。

除此之外,某些发现型鉴定还得由侦查人员与鉴定人共同完成。公安机关指派或聘请的鉴定人,特别是社会鉴定机构的鉴定人,未必熟悉现代网络犯罪侦查。^[43]而且,某些类别的发现型鉴定,例如远程勘验计算机信息系统,也需要以公安机关的侦查权限为前提。所以,发现型鉴定时常与侦查机关的侦查活动紧密联系在一起,鉴定人的司法鉴定需要侦查人员配合,^[44]甚至需要侦查人员引导。例如,鉴定人收集提取电子数据之后,需要侦查人员确定哪些数据与案件相关,侦查人员圈定相关电子数据之后,再由鉴定人出具鉴定意见。如此一来,不同于自侦自鉴、自勘自鉴的一体化侦鉴合一,侦鉴配合或协作可能演变为侦查人员与鉴定人分工合作的协作性侦鉴合一。

其二,分析型鉴定的侦鉴合一。在以鉴代侦的分析型鉴定中,鉴定人同样承担双重角色:一是作为鉴定材料的电子数据的收集提取者,其与侦查人员无异;二是电子数据的司法鉴定者。不过,与发现型鉴定中电子数据收集提取和司法鉴定同步进行不同,在分析型鉴定中,电

[41] 参见霍宪丹主编:《司法鉴定通论》,法律出版社2009年版,第52页。

[42] 参见霍宪丹主编:《司法鉴定学》,中国政法大学出版社2010年版,第51页。

[43] 比如,进行电子数据检查不仅需要使用技术方法处理数据,还需要运用侦查思维研究数据。缺乏侦查思维的鉴定人,可能无法胜任对原始存储介质中电子数据的收集提取工作。参见前引[16],田庆宜等文,第21页。

[44] 比如,科学调配人力、物力和财力资源,制定详细的行动方案;分析收集提取的电子数据是否与案件相关;确定是否需要进一步提取证据,等等。参见前引[4],杜志淳等文,第70页。

子数据的收集提取前置于电子数据的司法鉴定。对于取证能力比较薄弱的基层公安机关而言，鉴定人集电子数据的收集提取和司法鉴定于一体，确实有助于侦查机关取证，也有利于保障电子数据的鉴定质量。

鉴定人的双重角色说明，分析型鉴定的以鉴代侦至少在功能上十分类似于公安机关的自侦自鉴、自勘自鉴。当然，传统的自侦自鉴、自勘自鉴的主体，是作为侦查人员的鉴定人。而在以鉴代侦的分析型鉴定中，承担电子数据收集提取和司法鉴定双重功能的主体，是不具有侦查人员身份的鉴定人，称之为“自取自鉴”更为妥帖。自取自鉴是传统鉴合一的变种。如果说侦查人员的自侦自鉴、自勘自鉴无法保障司法鉴定的独立性，那么按照同一逻辑，分析型鉴定中鉴定人的自取自鉴同样可能无法保障司法鉴定的独立性。更何况，基于与发现型鉴定的类似理由，在分析型鉴定中，鉴定人对电子数据的收集提取，同样可能需要侦查人员协作配合。

行文至此，本文需要回答一个基本问题：公安机关指派内部鉴定机构的鉴定人和聘请外部社会鉴定机构的鉴定人代替侦查人员取证，二者是否存在实质性差异。应当说，就是否存在以鉴代侦及其衍生的两类问题来看，二者并无不同。一方面，公安机关无论指派内部鉴定人还是聘请外部鉴定人，都会规避对侦查人员电子数据取证行为的制度约束。另一方面，在公安系统不断强化鉴定人责任、深化鉴定体制改革的压力型体制下，公安机关内部鉴定机构的鉴定人未必就比社会鉴定机构的鉴定人更具偏向性。^[45]毋宁说，相比社会鉴定机构的鉴定人，内部鉴定机构的鉴定人整体上更加熟悉侦查思路，更能满足办案部门的鉴定需要，从而减少鉴定过程对侦查人员的依赖。二者的其他差异在于，与指派内部鉴定人不同，公安机关委托社会鉴定机构的鉴定人进行电子数据司法鉴定，不仅更可能发生数据泄露风险或者侵犯当事人隐私，而且要承担鉴定费用，甚至会因为相对更长的鉴定期限而影响侦查办案。^[46]

四、电子数据司法鉴定扩张趋势的制度回应

以鉴代侦模糊了侦鉴边界，反映出司法鉴定在公安机关电子数据取证阶段的扩张倾向。这种扩张趋势需要从制度层面予以回应，重新塑造电子数据取证的侦鉴关系，避免取证主体泛化。侦鉴关系重塑建立在两个基本原则之上：一是公安机关及其侦查人员的侦查取证权具有专属性、垄断性，不可转让或委托；二是鉴定人的司法鉴定权具有独立性、超然性，侦鉴应当分离。基于上述两个原则，可以从两个方面对电子数据司法鉴定的扩张趋势进行制度应对。

（一）通过专家辅助人制度避免发现型鉴定

侦查取证权是公安机关及其侦查人员的专属权力，不可委托、转让和放弃。^[47]发现型鉴定是鉴定人直接代替侦查人员收集提取或检查电子数据，它实际上架空了上述两个原则，并导致侦查取证主体泛化。因此，发现型鉴定在诉讼法理或制度原理层面存在正当性问题。但发现型鉴定又具有一定的实践合理性，毕竟侦查人员在电子数据收集提取、检查阶段，确实面临自身无法解决的专门性问题。这些问题主要根源于电子数据取证的普遍化、技术性与公安机关取

[45] 强化内部鉴定人的责任负荷，一直是公安机关保障鉴定质量的措施之一。参见2017年《公安机关鉴定规则》第58条；2016年《公安机关人民警察执法过错责任追究规定》第5条、第8条、第12条、第17条、第18条。

[46] 《公安机关鉴定规则》第33条规定，公安系统内部鉴定机构的鉴定期限是15个工作日；司法部《司法鉴定程序通则》第28条规定，社会鉴定机构的鉴定期限一般是30天。

[47] 参见前引〔27〕，任惠华等主编书，第7页。

证资源短缺、取证人才不足之间的矛盾。再考虑到司法鉴定意见的权威性、第三方公司及其技术人员参与电子数据取证的制度短板等因素,发现型鉴定自然会成为一些地方公安机关收集提取、检查电子数据的替代性方式。

解决发现型鉴定的制度正当性与实践合理性的矛盾,需要同时满足两个条件:一是形式合法,侦查取证主体只能是公安机关及其侦查人员;二是实质合理,侦查取证主体能够解决电子数据收集提取、检查阶段的专门性问题。根据现有制度安排,除了司法鉴定模式之外,公安机关解决电子数据取证方面的专门性问题还可以采取专家辅助模式。^[48]专家辅助模式是指,有专门知识的人辅助侦查人员进行电子数据取证。在这一模式中,取证主体依然是公安机关及其侦查人员,而不是专家辅助人,不存在侦查取证权的转让或委托。同时,专家辅助模式也能实质性解决侦查人员在电子数据收集提取、检查阶段面临的取证难题。

针对专家辅助模式存在的制度供给不足问题,可以从下述几方面进行制度改进:

第一,明确专家辅助人的诉讼角色。根据2018年刑事诉讼法第128条、2020年《公安机关办理刑事案件程序规定》第213条,公安机关可以指派或聘请具有专门知识的人,在侦查人员的主持下进行勘验、检查。“电子数据取证规则”第6条、第44条又分别规定,公安机关可以指派或聘请专业技术人员或者有专门知识的人,在侦查人员主持下参与电子数据的收集提取或检查。上述规定虽然用语不同,^[49]但专业技术人员或者有专门知识的人都不具有类似侦查人员或者鉴定人的独立取证的诉讼地位,他们都必须是在侦查人员的主持下参与电子数据取证。正因如此,本文将他们统称为“专家辅助人”。目前公安机关主要是与具有电子数据取证能力的第三方公司签订协议,由其指派或派驻技术人员辅助侦查人员取证,这就涉及第三方公司及其技术人员的诉讼角色问题。众所周知,司法鉴定通常采取间接委托(或聘请)模式,即公安机关一般先委托鉴定机构,再由鉴定机构指定具体的鉴定人。基于这一思路,公安机关先委托第三方公司,再由第三方公司指派或派驻技术人员辅助侦查人员取证,这同样可以视为间接委托(或聘请)模式。换言之,辅助侦查人员对电子数据取证的专家辅助人,实际上是技术人员而非第三方公司,他们才是实质的诉讼参与者。

第二,明确专家辅助人的资格条件。专家辅助人应当满足电子数据取证的实质要件和形式要件。实质要件是指,专家辅助人应具备电子数据取证的专业知识和专业技能;形式要件则要求专家辅助人取得相关部门颁发的资质证明,如取得电子数据鉴定资质的鉴定人。形式要件可以降低公安机关指派或聘请专家辅助人的甄别成本,但也可能排除满足实质要件的专家辅助人。^[50]公安机关指派或聘请专家辅助人,应以形式要件为主、实质要件为辅。如同司法机关建立司法鉴定机构、鉴定人名册,公安机关也可以、事实上也在着手遴选、建立第三方公司及其技术人员的数据库。

第三,完善专家辅助人参与公安机关电子数据取证的程序与实体制度。程序制度包括专家辅助人制度的启动条件、内部审批程序、专家辅助人的指派与委托程序,以及公安机关对专家辅助人的引导与监督等。实体制度主要包括专家辅助人的权利与责任,如取酬权、人身安全权

[48] 参见前引[22],陈如超文,第101页。

[49] 专业技术人员一般以公安机关警务技术任职资格作为判定是否具备专业技术的基本条件,如果没有归于警务技术系列,则以侦查人员是否参加过相关培训、是否具备电子数据检查能力为要件。参见前引[12],刘浩阳等书,第185页。

[50] 目前很多第三方公司的技术人员受教育程度不高(很多技术人员并未取得本科学位),导致其很难满足相关形式要件。

利、保守秘密或数据安全责任、客观真实责任等。公安机关可以借鉴 2018 年《最高人民法院关于指派、聘请有专门知识的人参与办案若干问题的规定（试行）》，构建专家辅助人参与侦查取证的制度体系。

最后需要说明的是，公安机关电子数据取证的专家辅助模式也可能带来一些新问题。其中比较突出的是，公安机关侦查取证的形式化和专家辅助取证的实质化。由于知识和信息的不对称，侦查人员可能对专家辅助人的电子数据取证难以形成实质性制约。例如，侦查实践中专家辅助人独自收集提取、检查电子数据之后，再由侦查人员补办相关法律手续以满足侦查取证的形式要件。为了保障公安机关侦查取证权的实质化，避免专家辅助人、特别是第三方公司技术人员侵犯相关人员隐私或者泄露重要数据，强化侦查人员对专家辅助人的主导权和控制权显得尤为必要。再则，公安机关聘请第三方公司及其技术人员面临给付专家费用的财政压力，但这种财政压力同样存在于公安机关聘请社会鉴定机构鉴定人进行司法鉴定的情形中。电子数据取证常态化与公安机关取证资源短缺的矛盾，导致公安机关无论选择专家辅助模式还是司法鉴定模式都会面临类似的财政负担。^[51]

（二）限制分析型鉴定中鉴定人提取电子数据的范围

通常来说，分析型鉴定采取侦查人员收集提取鉴定材料，鉴定人对鉴定材料进行检验鉴定的侦鉴分离机制。司法部《司法鉴定程序通则》第 24 条规定，经委托人同意，鉴定人可以到现场提取鉴定材料。但是，从司法鉴定实践看，即便是在没有类似侦查人员这一专门取证主体的民事诉讼中，鉴定人也只在例外情况下自行提取鉴定材料。考虑到自侦自鉴、自勘自鉴的诸多弊端，在痕迹物证的司法鉴定领域，鉴定人集鉴定材料的提取和鉴定于一体的情况已经是一种例外情况。

在电子数据“收集提取—检查—司法鉴定”的三阶段取证结构中，电子数据的收集提取、检查主体同样是侦查人员，鉴定人一般不能提前介入作为鉴定材料的电子数据的取证过程。侦查人员在电子数据收集提取、检查阶段遇到的专门性问题，公安机关应当通过专家辅助人制度解决。当然，鉴定人受理公安机关的司法鉴定委托之后，如有必要，应当首先向委托部门提出进一步补充收集提取鉴定材料的具体类型、收集方式、保管要求等建议。尽管如此，司法鉴定实践中鉴定人依然可能面临公安机关移交的鉴定材料无法达到鉴定要求的情况，特别是一些基层公安机关办案经费捉襟见肘，不能同时承担鉴定费用和专家辅助人费用。因此，在例外情况下，鉴定人受理司法鉴定委托之后，可以根据公安机关的要求补充收集提取鉴定材料。

不过，目前的侦查实践中，一些鉴定人可能先是辅助侦查人员收集提取电子数据，然后再根据公安机关的办案需要接受其委托对相关电子数据进行司法鉴定。这种类型的一体化司法鉴定体现为“先取证—后受理”模式。这一模式不仅导致司法鉴定的程序倒置，还可能驱使公安机关以司法鉴定掩盖电子数据取证的合法性问题。在侦鉴分离体制中，只有在例外情况下鉴定人才能补充收集提取鉴定材料，这属于“先受理—后取证”模式的例外。分析型鉴定的以鉴代侦却把“先受理—后取证”模式，颠倒为“先取证—后受理”模式。应当明确规定，如果鉴定人已经参与电子数据收集提取、检查阶段的取证过程，就应当在本案中回避，不能再受理公安机关委托的司法鉴定。

[51] 由于几乎每一个案件都涉及电子数据取证特别是手机数据取证，如果全部委托司法鉴定，对于基层公安机关而言，每年的鉴定费用会高达几十万甚至上百万。公安机关如果与第三方公司签订合作协议，其给付的费用未必会比鉴定费用更高，而且第三方公司提供的技术服务还可能包括司法鉴定、侦查取证以及其他工作。

结语

如果说公安机关以往的侦查取证主要存在以鉴代侦的问题,那么电子数据的侦查取证则更多存在以鉴代侦的问题。尽管以鉴代侦具有一定的实践合理性,但在鉴应当分离、侦查权具有专属性的制度逻辑下,电子数据取证的以鉴代侦终究还是模糊了鉴边界、混同了鉴关系,其不仅弱化了电子数据侦查取证的制度控制,还导致侦查取证主体泛化。当前,刑事诉讼法修改已经列入十四届全国人大常委会立法规划。在新的立法修改中,基于本文的研究结论,一方面,刑事诉讼法需要明确侦查人员侦查取证与鉴定人司法鉴定之间的角色和阶段分离,不仅应当把司法鉴定从目前刑事诉讼法第二编的“侦查”章前移至第一编的“证据”章,使其成为适用于整个诉讼阶段的证据方法,而且要坚持公安机关先收集鉴定材料,鉴定人再对鉴定材料进行鉴定的分离机制。另一方面,刑事诉讼法应当根据侦查权的专属性原则,合理解决电子数据取证的技术性要求与侦查人员取证能力不足的矛盾,即在避免以发现型鉴定代替侦查人员取证的前提下,强化侦查人员电子数据取证的专家辅助人制度。

Abstract: Judicial appraisal of electronic data can be broadly categorized into two types, i. e., the discovery-based appraisal and the analysis-based appraisal. Due to its equivalence in function with electronic data collection, extraction, and inspection measures, the discovery-based appraisal is often used by public security authorities to replace investigators' evidence collection. The analysis-based appraisal is supposed to be the final stage in the progressive structure of the collection extraction, inspection, and judicial appraisal of electronic data evidence. However, since the appraisers sometimes combine the functions of collection, extraction, inspection, and judicial appraisal of electronic data, there is also a concern that appraisal may inappropriately replace the investigative process. This practice mainly stems from the mismatch between public security authorities' investigative evidence collection capabilities and the regular, specialized demands for electronic data evidence collection. Although rational to a certain extent, this practice still blurs the legal boundary between investigative evidence collection by investigative personnel and judicial appraisal by appraisers, thus not only circumvents the systemic constraints of criminal justice on investigative evidence collection measures, but also weakens the independence of judicial appraisal of electronic data. To address the trend towards the expansion of judicial appraisal of electronic data, it should firstly, reduce or avoid discovery-based appraisal by improving the expert assistance system for evidence collection at the stage of collection of electronic data, and secondly, prevent self-collection and self-appraisal by reasonably limiting the scope of electronic data extracted as appraisal materials by appraisers in analysis-based appraisal, thus ensuring the objectivity and independence of judicial appraisal.

Key Words: electronic data, judicial appraisal, investigation, replacing investigation with appraisal
