论刑事诉讼中的电子数据抽样检验

郝志恒

（中国政法大学 刑事司法学院，北京 100088）

摘　要：网络犯罪高发使电子数据海量增长，抽样检验成为解决其证明难题的途径。抽样检验在行政调查和刑事证明领域逐步发展，进入电子数据领域的时机已然成熟，但仍存在法规标准尚不完善、抽检主体并未明确、抽检结果难以审查的弊病。基于此，应填补抽检法规标准漏洞，以司法解释或部门规范性文件形式加以细化，构建契合电子数据特性的技术标准体系；明确抽检主体选择，为其构建二元主体资格框架；审查抽检结果证明功能，从样本代表性和与其他证据综合认定事实两方面着手，确保结果准确反映整体情况。以期为刑事领域运用电子数据抽样检验提供参考。

关键词：电子数据；刑事抽样；抽样检验；司法鉴定

中图分类号：D915.3；D918.9　　**文献标识码：**A　　**文章编号：**1672-1217（2025）03-0122-09

收稿日期：2025-02-28

基金项目：国家社会科学基金项目（23BFX141）：智慧司法背景下涉案数字资产处置制度体系研究。

作者简介：郝志恒（1999-），男，山东菏泽人，中国政法大学电子数据司法应用联合实验室研究人员，中国政法大学博士研究生。

DOI:10.16284/j.cnki.cn37-1401/c.2025.03.012

一、问题的提出

抽样检验理论是解决诉讼中海量证据证明难题的一种途径。在诉讼活动中追寻案件事实真相的过程即为证明活动，因此整个诉讼过程便是围绕证明活动展开，证明则是诉讼的核心内容。[①] 当我们面对传统的证明问题时，可以通过客观证明、情理推断来解决，[②] 但是传统的证明模式均是解决容量有限的证据证明问题，因此当出现了证据容量相当巨大的情形，我们难以对每个证据个体进行单独证明时，传统的证明模式与海量证据之间爆发了难以调和的冲突。

这一冲突的解决萌发于行政调查阶段，最终被电子数据领域借鉴。在行政调查活动中，对食品、药品、商品的质量监管往往面对着成批次的物品数量，想要逐一检查验证显然无法实现，因此为了解决物品质量好坏的证明难题，行政调查部门需要另谋出路，于是统计学领域的抽样调查方法便进入了行政调查的视野中，并且经过长期实践，证明了抽样调查与检查验证相结合的措施，能够完美解决行政调查阶段海量证据的证明难题。随后，由于行政执法与刑事司法证据衔接的推动，使得刑事诉讼主体对于抽样检验应用于刑事证明领域产生了思考，抽样检验开始在刑事证明领域尝试运用。到了 2012 年电子数据正式成为刑事证据种类之一后，由于电子数据的特殊性，导致其证据容量远大于传统刑事证据，所以海量电子数据证明难题便接踵而至——海量电子数据无法用传统证明方法来解决，因此抽样检验理论进入电子数据场域时机便已成熟。

为回应电子数据抽样检验现有研究以及实践中遇到的问题，本文将透过制度表象，挖掘现实风险与困境，对抽样检验过程加以规制，防止其因权力滥用成为“洪水猛兽”，帮助其在控制下更好地发挥刑事证明功能，以期为电子数据抽样检验理论与实务的发展提供借鉴。

---

①樊崇义主编：《证据法学（第 6 版）》，北京：法律出版社，2017 年，第 256 页。

②周洪波：《比较法视野中的刑事证明方法与程序》，《法学家》2010 年第 5 期。

二、刑事电子数据抽样检验的文本流变

（一）用于行政调查的抽样检验

抽样检验首次涉足司法领域当属行政调查方面。1984 年颁布的《中华人民共和国药品管理法》（以下简称为“《药品管理法》”）中首次提到了“抽验”“抽取”，规定药品监督员有权对药品质量进行抽验、对样品进行抽取，[①] 这是我国法律法规第一次将抽样思想写在法律条文中，虽然未规定有关抽样检验的具体内容，但着实为司法领域运用抽样方法提供了初步范式。1996 年我国第一部《中华人民共和国行政处罚法》（以下简称为“《行政处罚法》”）颁布实施，其中规定了行政机关可以采取抽样取证的方法来收集证据，[②] 这一内容确立了收集证据的新型方式，使得抽样这一做法在行政调查阶段有法可依，也开启了证据领域中抽样的新纪元。2001 年修订的《药品管理法》中准确出现了“抽样检验”的内容，并规定监管部门应当按照要求进行抽样。[③] 在这十七年的发展过程中，抽样检验仅仅被提到台前，具体规范、做法并未有详细规定，应属于抽样检验在司法领域的起步阶段。2003 年公安部颁布的《公安机关办理行政案件程序规定》（以下简称为“《程序规定》”）正式施行，在第七章“调查”章节中专门设立一节规定了“抽样取证”的具体内容，其中包括抽样取证所采取的方式、抽样取证的见证人制度、及时检验，[④] 这是我国第一次以部门规章的形式对抽样取证做出了较为详细的规定。2009 年《中华人民共和国食品安全法》（以下简称为“《食品安全法》”）与《药品管理法》类似，也赋予了监管部门对食品进行“定期或不定期的抽样检验”的权力。[⑤] 这一时期里，抽样检验在司法领域得到了进一步发展，并有了专门的规定，行政领域中积累了大量抽样检验的实践经验，加之公安机关在办理行政案件时被允许使用抽样检验，这些因素为日后抽样检验具备刑事诉讼功能奠定了基础。从抽样检验在行政调查领域中的发展历程可以看出，这一方法在效率与质量间实现了相对平衡，申言之，一是通过抽样的方式降低检验成本；二是规定正当的程序防止权力滥用。这些经验为刑事领域运用抽样检验方法提供了重要参照，进一步地，也为其在刑事电子数据领域抽样检验奠定了基础。

（二）用于刑事证明的抽样检验

赋予抽样检验刑事证明功能，以应对新时代环境下的新挑战。最高人民法院在 2010 年指出，网络技术的不断发展使得传播变得更为便捷，影响了相关行业的分配格局，知识产权竞争纠纷愈演愈烈，[⑥] 因而给公安司法机关办理知识产权案件带来了新的问题，特别是相关刑事案件的证明出现了困难，于是在 2011 年，最高人民法院、最高人民检察院、公安部（以下简称为“两高一部”）联合印发了《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称为“《关于知识产权刑事案件的意见》”），《关于知识产权刑事案件的意见》中允许公安机关在办理刑事案件中使用抽样取证，并规定了可以商请其他部门及机构协助进行抽样取证，[⑦] 据此抽样检验进入刑事诉讼领域已经有了司法解释性质文件的支持，但仅限于办理知识产权刑事案件时，适用面较小。2016 年公安部发布了《公安机关执法细则（第三版）》（以下简称为“《执法细则》”），该部门规章规定了公安机关在办理行政与刑事案件过程中执法的具体要求，值得注意的是，《执法细则》给出了可以适用抽样检验的具体条件，即“与案件有关、性质不能确定、数量较大或者成批的需要取样检验的物品”，并在“第五十二章：证据保全”章节中吸收了《程序规定》中有关抽样取证的内容，[⑧] 因此我们可以看出，在公安办理刑事案件执法过程中，抽样取证程序已然与办理行政案件执法无异。同年，

---

①1984 年《中华人民共和国药品管理法》第四十七条。

②1996 年《中华人民共和国行政处罚法》第三十七条第二款。

③2001 年《中华人民共和国药品管理法》第六十五条。

④2003 年《公安机关办理行政案件程序规定》第七十八条、第七十九条、第八十条、第八十一条。

⑤2009 年《中华人民共和国食品安全法》第六十条、第七十七条。

⑥2010 年《最高人民法院知识产权案件年度报告（2010）》序言部分。

⑦2011 年《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》第三条。

⑧2016 年《公安机关执法细则（第三版）》第 39-05 条、第 52-04 条。

两高一部发布的《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称为“《关于电诈等刑事案件的意见》”）中规定，在由于客观条件限制无法逐一收集被害人陈述的情况下，允许结合其他证据综合认定犯罪事实。[①] 此时，虽然有关电子数据领域中的抽样检验并未见有专门规定，但司法实践中已经开始有尝试，电子数据抽样检验呼之欲出。2020年浙江省高级人民法院、省人民检察院、省公安厅印发的《关于办理电信网络诈骗犯罪案件若干问题的解答》（以下简称为“《关于电诈案件的解答》”）明确了浙江省在被害人数超过一百人的，可以使用抽样取证，[②] 这是地方公安司法机关对于抽样取证的试点，也从侧面反映了在实践过程中抽样取证方法的实用性。2021年发布的《人民检察院办理网络犯罪案件规定》认可了对同类型的证据材料采取抽样验证的方法，[③] 这是继公安机关之后又一司法机关专门制定有关抽样的规定。到了2022年，两高一部发布《关于办理信息网络犯罪案件适用刑事诉讼程序若干问题的意见》（以下简称为“《关于信息网络刑事案件的意见》”）明确提出“……确因客观条件限制无法逐一收集的，应当按照一定比例或者数量选取证据……”[④]，至此，抽样检验随着法律法规的不断完善，其刑事证明功能逐渐凸显，并且在电子数据领域运用抽样检验已经完完全全具有法律的正当性。

表1 “抽样检验”相关部分法律文本梳理

	施行时间	法律法规名称	相关条文
行政调查领域	1984年	《中华人民共和国药品管理法》	第47条
	1996年	《中华人民共和国行政处罚法》	第37条第2款
	2001年	《中华人民共和国药品管理法》	第65条
	2003年	《公安机关办理行政案件程序规定》	第78—79条、第80—81条
	2009年	《中华人民共和国食品安全法》	第60条、第77条
刑事证明领域	2011年	《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》	第3条
	2016年	《公安机关执法细则（第三版）》	第39-05条、第52-04条
	2016年	《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》	第6条第1款
	2020年	《关于办理电信网络诈骗犯罪案件若干问题的解答》	第13条
	2021年	《人民检察院办理网络犯罪案件规定》	第22条
	2022年	《关于办理信息网络犯罪案件适用刑事诉讼程序若干问题的意见》	第20条

（三）刑事电子数据抽样检验的演化特点

在探讨刑事诉讼中电子数据领域抽样检验法律样态演化特点之前，我们要明晰一组概念关系。即抽样取证、抽验、抽样验证与抽样检验的关系何为？第一，抽样检验是一个聚合过程，并不是单一活动，包含了“抽样”与“检验”两个过程，从这一角度出发，抽样取证便是抽样检验过程中的第一步程序，抽样取证的目的是获取证据，在完成抽样取证后如果发现证据需要检验，那么就进入抽样检验的第二步程序即检验，可以说抽样检验与抽样取证是包含与被包含的关系。第二，法律法规文本中出现的“抽验”“抽样验证”与“抽样检验”虽从字面形式上存在差别，但本质上与抽样检验所指意义相同。基于以上概念关系的厘清，我们将展开对电子数据领域抽样检验法律样态演化特点的探讨。

①2016年《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》第六条第一款。

②2020年《关于办理电信网络诈骗犯罪案件若干问题的解答》第十三条。

③2021年《人民检察院办理网络犯罪案件规定》第二十二条。

④2022年《关于办理信息网络犯罪案件适用刑事诉讼程序若干问题的意见》第二十条。

纵观抽样检验法律文本的变化，抽样检验在司法领域的演化可以总结为三个特点。一是抽样检验作用的扩张化，在抽样检验未被吸纳进刑事证明领域之前，已经在行政调查领域中展现了较大优势。不管是对药品质量的把控，还是对食品安全的监督，亦或是对假冒伪劣商品的打击，抽样检验均能满足执法机关进行行政调查的质量与效率要求。并且经过近三十年的发展，行政调查的抽样检验体系已经较为周备，给赋予抽样检验刑事证明功能提供了先决条件，也直接诱发了抽样检验的刑事证明作用，当抽样检验具备刑事证明作用时，面对刑事案件中的电子数据证明难题，便可顺理成章地借助抽样检验来解决。二是抽样检验适用的规范化，法律法规的完善是抽样检验功能变迁的最主要后盾。从最初的只规定了行政领域内的抽样要求，到公安司法机关尝试在刑事中采用抽样检验，再到现今抽样检验完全正当适用于电子数据领域，这一系列变化都是在法律法规的指导下使抽样检验“有法可依”，进而不断演进。三是抽样检验效用的明确化，从两高一部印发的各种“意见”以及浙江省公安司法机关印发的《关于电诈案件的解答》我们可以看出，在未明确可以在刑事案件中对电子数据进行抽样检验之前，实务界已经有人思考并尝试这种“新型方法”，只不过在效用未明确的背景下，适用抽样检验似乎缺少了依据，显得有些举棋不定。但随着时间的推移，抽样检验效用逐渐被法律法规层面明确，在刑事证明领域，特别是电子数据领域中抽样检验应用的时机便已成熟。

三、刑事电子数据抽样检验的现实困境

（一）刑事电子数据抽样检验存在法规缺陷

电子数据抽样检验法律漏洞的存在，是导致一切问题的根源。法律漏洞即“违反计划的不完整性”，具体而言，我们所讨论的法律漏洞是指电子数据抽样检验这一规则体在“整体上不完整”，[①] 我国法律法规只有初步的允许使用电子数据抽样检验的规定，相当于仅仅有开端而且缺失了过程及结局，是根本不完整的，并且有关学者也针对电子数据抽样检验存在的法律漏洞提出了“适用条件”“抽样方法”“证据能力”“证明力”“争议解决”五重困境，[②] 因此需要对电子数据抽样检验存在的法律漏洞进行论证，当对法律漏洞通过论证得到认定之时，便自然完成了漏洞的填补。[③]

目前电子数据抽样检验的法规缺陷存在于三个方面，一是法律规范残缺，二是技术标准真空，三是法规衔接不洽。首先，对于法律规范残缺问题，前文已经就涉及电子数据抽样检验的法律规范进行了梳理，从法规效力位阶上看，均是以司法解释性质文件、部门规范性文件的形式存在，《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称为“《刑事诉讼法》”）中并未做与抽样检验相关的规定，并且在《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》中也无任何抽样检验相关规定，早在 2011 年刑事证明领域便认可并使用了抽样检验方法，另有实践结果表明抽样检验能够解决海量同质化检材条件下的证明难题，但从法律的立法层面来看似乎相对保守，在 2012 年与 2018 年的《刑事诉讼法》修改中并未吸收这一证明方法，这导致了抽样检验至今停留在较为束缚的阶段，虽然这一切有部分“意见”“细则”等法规文件的支持，但缺乏法律的明确规定，一切又显得少了些底气。其次，针对技术标准缺失问题，刑事诉讼中的电子数据抽样检验是对电子数据进行收集提取、审查判断的一种方式，应当遵循有关技术标准。[④] 但是眼下并无与电子数据抽样检验相关的标

---

①[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，北京：商务印书馆 2020 年，第 467、469 页。

②马忠红：《论网络犯罪案件中的抽样取证——以电信诈骗犯罪为切入点》，《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2018 年第 6 期。

③黄泽敏：《法律漏洞填补的司法论证》，《法学研究》2020 年第 6 期。

④2016 年《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》第二条。

准与规范，目前也只能借用计数抽样检验程序的系列国家标准[①]来参照进行抽样，但已有国家标准并非专门为电子数据抽样检验所制定，因此在适配上并未给出针对电子数据抽样检验的具体要求，无法很好地胜任刑事证明这一角色，所以现行电子数据抽样检验因无专门技术标准、规范，是否经得起对其结果的审查也是当下面前的困境之一。最后，行政调查阶段进行的电子数据抽样检验能否直接运用于刑事证明领域，2012年《刑事诉讼法》规定了行政调查阶段取得的证据可以在刑事诉讼中作为证据使用，[②]虽然该法条给予了行政证据与刑事证据衔接的法律基础，但是并不意味着所有行政调查阶段产生的证据都可以作为刑事证据使用，由于《刑事诉讼法》并未规定如何判断行政证据可以转化为刑事证据，所以横跨行政调查与刑事证明两个领域的电子数据抽样检验同样面临着选择难题，有学者对于刑事诉讼是否可以采纳行政机关的抽样检验持肯定态度，认为除了对抽样检验结果进行普通证据审查之外，需要连同抽样检验条件、程序一并审查才能作为刑事证据使用；[③]也有学者认为不能在《刑事诉讼法》没有特殊规定的情况下，在入罪门槛与量刑门槛问题上随意应用抽样检验，[④]可见学界对于行政调查阶段获取的电子数据抽样检验结果能否直接应用于刑事证明阶段的观念仍不统一，这同样也是法律漏洞的存在造成的问题遗留。

（二）刑事电子数据抽样检验主体尚未明晰

究竟由谁来进行电子数据抽样检验这一问题始终没有得到解决。自司法领域开始运用抽样检验至今业已逾四十载，在对抽样检验主体确定的问题上含糊其词，先是行政调查领域中的抽样检验主体规定为“药品监督管理部门”“行政机关”“食品安全监督管理部门”，后是刑事证明领域中的抽样检验主体规定为“公安机关”“人民检察院”，可见目前我国所有与抽样检验有关的规定均将抽样检验主体限定在一个较为笼统的部门范围，并无再细化的规定，这种现状施予了各机关进行抽样检验的便利。但是对检材进行抽样检验本身就属于一个专门性问题，根据专门性问题由具有专门知识的人解决这一基本处理原则，[⑤]抽样检验必须要依靠具有专门知识的人凭借科学技术、方法加以解决，这样才能保证结果的可靠性，显然现行抽样检验的主体选择并未兼顾这一方向。具体到抽样检验主体的资格准入问题，在2014年有学者主张要就主体资格的合法性问题进行研究，以期消除对主体资格的“不当关注”，[⑥]但就现在来看这一呼吁并未得到回应，十年时间过去了，对抽样检验主体资格的讨论寥寥无几，各方应当予以重视，因为当属于专门性问题的抽样检验如果由具备专业知识的主体来操作，会影响抽样检验结果的科学性，导致结果无法证明案件事实，那么选择抽样检验也毫无意义；再者，当抽样检验主体的合法性面临质疑时，抽样检验的结果也注定会遭受批判，不同的利益相关方可能对抽样检验主体的选择提出质疑，认为其存在利益冲突或不当行为，审判方也可能因此对其自由心证产生影响，使抽样检验结果被法庭排除，[⑦]从而否定抽样检验的运用；另外，从出庭做证的角度观察，即使允许不具有专门知识的人负责实施抽样检验，因其对抽样检验具体方法、原理的认知程度不高，在遇到出庭做证过程中对抽样检验具体问题的质疑时，无法就核心问题予以答复，并不能达到“排除合理怀疑”的标准，一份经不起出庭做证考验的抽样检验结果无法发挥证明案件事实的作用，那么为了达到抽样检验目的而实施的一系列操作便是徒劳无功。因此，无论是理论界抑或是立法界，均有

---

①计数抽样检验程序系列国家标准是指：GB/T 2828.3-2008《计数抽样检验程序 第3部分：跳批抽样程序》、GB/T 2828.11-2008《计数抽样检验程序 第11部分：小总体声称质量水平的评定程序》、GB/T 2828.4-2008《计数抽样检验程序 第4部分：声称质量水平的评定程序》、GB/T 2828.2-2008《计数抽样检验程序 第2部分：按极限质量LQ检索的孤立批检验抽样方案》、GB/T 2828.10-2010《计数抽样检验程序 第10部分：GB/T 2828计数抽样检验系列标准导则》、GB/T 2828.5-2011《计数抽样检验程序 第5部分：按接收质量限（AQL）检索的逐批序贯抽样检验系统》、GB/T 2828.1-2012《计数抽样检验程序 第1部分：按接收质量限（AQL）检索的逐批检验抽样计划》。

②2012年《中华人民共和国刑事诉讼法》第五十二条第二款。

③郝爱军、殷宪龙：《行政机关收集证据在刑事诉讼中运用的疑难问题解析》，《中国刑事法杂志》2013年第9期。

④郑飞：《论数字时代的刑事抽样取证》，《求是学刊》2023年第3期。

⑤李学军：《诉讼中专门性问题的解决之道——兼论我国鉴定制度和法定证据形式的完善》，《政法论坛》2020年第6期。

⑥扈晓芹：《侵犯知识产权刑事案件若干证据规则评析》，《知识产权》2014年第6期。

⑦金自宁：《作为科学证据的环境损害鉴定评估——基于环境司法案例的考察》，《法学评论》2021年第5期。

必要研究并确立抽样检验主体的问题，也只有将抽样检验的程序根基给予加固，抽样检验才算是一个成熟的刑事证明方法。

（三）刑事电子数据抽样检验结果审查不足

理论上任何证据在证明案件事实之前都需经过严格审查，电子数据抽样检验的结果也不能例外。当前我国对于电子数据抽样检验的研究多聚焦在抽样检验的正当性问题，[①] 方法选择问题[②] 以及代表性、科学性问题[③]，而针对抽样检验结果的审查问题，国内仅有少数学者研究，对于尚处于起步阶段的事物而言，这一现状符合人们对事物研究的发展规律，但并不代表研究电子数据抽样检验的审查没有价值。实践中很难做到对电子数据抽样检验结果的实质性审查。由于电子数据抽样检验的原理涉及众多领域，属于专门性问题的具体解决方式，因此门槛相对较高，要想实现对其实质性的审查也相对困难，并且这种借助科学原理、技术方法对证据进行检验得出的结果，容易被归入“科学证据”的范围，如若将电子数据抽样检验视为科学证据，给其冠以“科学”的头衔，那么就极易引起裁判者对其的盲目相信，[④] 因此必须剥开其科学的外衣，并加以规制。我们并不否定电子数据抽样检验的科学本质，但目前全世界对其研究不成熟、不充分、具有模糊性，并未形成各界统一的知识体系，因此提起电子数据抽样检验总会蒙着一层“面纱”，而且正是因为这种模糊性，令本就不具备专门知识的裁判者因不了解而自发地产生畏惧心理与内生依赖心理，影响自由心证的发挥。所以，在审判过程中是否应当判断电子数据抽样检验结果的证明力大小，是否应该核实抽样检验方法选取的代表性、科学性问题，是否应当关注电子数据抽样检验结果与案件事实的关联性问题，答案不言而喻，但囿于当下法律法规的模糊，使得这些问题长期阻滞不得进步，亟待得到解决。

四、刑事电子数据抽样检验的困境破解

（一）完善刑事电子数据抽样检验法规

目前我国电子数据抽样检验相关法律法规与技术标准层面实在薄弱，甚至存在缺失，亟需构建法律层级补全、技术标准嵌入、行刑协同优化的复合应对路径。第一，法律漏洞的存在导致了实践中不敢使用抽样检验或随意使用抽样检验两个极端问题，我国公安司法机关似乎存在“对于国家机关工作人员而言，法不禁止即自由”[⑤] 的观念，在当前抽样检验适用条件不明确的情况下，有些办案机关因无规定为保证抽样检验方法适当，向主管部门发出了“是否可以采用抽样取证的方法”[⑥] 的疑问，同样也有办案机关本来具有对样本进行全样检验的条件，但为便捷办案一概使用抽样检验的纰缪。我国立法层面应当吸收有关抽样检验的细则规定，作为一个新兴刑事证明方法，离出现在《刑事诉讼法》中可能存在相当的距离，但可以以司法解释性质文件或部门规范性文件的形式加以细化，在我国办理有关电子数据案件的系列法律法规中，[⑦] 都可以将抽样检验纳入电子数据检验鉴定的方法章节中，给予抽样检验应有的法律身份，为在电子数据领

---

①陈学权：《我国刑事诉讼中抽样调查研究》，《中国刑事法杂志》2024年第3期。

②张卓妮：《涉众型网络犯罪抽样证明的反思与完善》，《广西大学学报（哲学社会科学版）》2024年第6期；罗维鹏：《刑事证据抽样分析的理论阐释与实践方法》，《环球法律评论》2024年第1期；潘金贵、吴庆棒：《证据与技术：刑事抽样证明的科学面向》，《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2023年第4期。

③高童非：《刑事抽样证明的类型化重释》，《中国刑事法杂志》2022年第3期；刘鑫、潘学宁：《刑事抽样证明适用存在的问题与应对》，《证据科学》2024年第4期。

④陈永生：《论刑事司法对鉴定的迷信与制度防范》，《中国法学》2021年第6期。

⑤张明楷：《刑事司法改革的断片思考》，《现代法学》2014年第2期。

⑥2020年《浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅印发〈关于办理电信网络诈骗犯罪案件若干问题的解答〉的通知》第十三条。

⑦系列法律法规指：2005年《计算机犯罪现场勘验与电子证据检查规则》、2009年《人民检察院电子证据鉴定程序规则（试行）》、2016年《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》、2019年《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》等法律法规。

域运用抽样检验提供“有法可依”的保障。另外，需建立抽样检验不当适用的程序性制裁机制。现行有关非法证据排除相关规定中，针对取证程序违法，未涵盖技术方法瑕疵问题。建议增设“技术正当程序”条款，明确违反法定抽样程序的法律后果：对于轻微程序瑕疵，如未记录抽样比例但经补正不影响结论可靠性，允许通过补充说明或重新抽样予以补正；而对于根本性程序违法，如人为操纵样本选择或虚构抽样基数，则应适用强制性排除规则，以倒逼取证程序的规范化。第二，根据前文所述现行电子数据抽样检验依据的技术规范为各领域通用的国家标准，并不利于抽样检验在电子数据领域的展开，因此需构建契合电子数据特性的技术标准体系。在有关电子数据抽样检验的技术标准中，可以考虑以案件所涉电子数据的类型为区分，引入比例思想，适当提高易于检验的电子数据（如对以文本形式存在的信息的检验、对直观图像的检验等）的抽样检验门槛，适当降低难以被检验的电子数据（如对手机、计算机、路由器整体的检验等）的抽样检验门槛，用以更加科学、更加平衡地规定电子数据抽样检验数量的起始门槛。第三，针对当前电子数据抽样检验领域面临的行刑衔接问题，可以基于《刑事诉讼法》中有关行政证据的转化规则，通过司法解释性质文件明确行政抽样检验结论转化为刑事证据的“双重审查标准”。一方面，形式层面审查抽样记录完整性、检验结果形式要件。重点核查行政抽样记录的完整性，包括抽样时间、地点、方法、抽样人员签名、见证人身份证明等程序性要素是否完备，确保整个抽样过程可追溯、可验证。而后，也应重点审查检验结果是否具备明确的检验依据、检验方法、检验结果等要素，以保证其形式上的合法性与规范性。另一方面，实质层面要求补充抽样程序合法性说明与技术标准适用性论证。抽样程序合法性说明需详细阐述行政抽样过程是否遵循了相关法律法规、是否保障了当事人的合法权益、是否存在可能影响证据效力的程序违法情形等，确保抽样行为本身的合法性与正当性。技术标准适用性论证则需针对电子数据抽样检验所依据的技术标准、检验方法等进行专业性评估，证明其在刑事证明场景下的科学性、可靠性与适用性，避免因技术标准不匹配或检验方法不科学而导致检验结论的准确性受到质疑。

（二）明确刑事电子数据抽样主体选择

在进行电子数据抽样检验之前必须弄清楚由谁来抽样的基本问题。应当构建以司法鉴定人为核心、第三方专业技术人员为补充的二元主体框架，一是明确具备电子数据司法鉴定执业资格的自然人在抽样检验中的主导地位，二是确立公安司法机关委托第三方专家参与的技术协同机制。为防止电子数据抽样检验这一专门性问题由不具备专业知识的人来操作，必须将其纳入我国专门性问题的解决体系中。

眼下我国现行司法鉴定体制已平稳运行二十年，虽有些许瑕疵，但是确实是当前我国解决专门性问题的唯一成熟体系，因此对于抽样检验的准入门槛设置就有了可以依附的对象——建议纳入司法鉴定管理体制中。具体来说，应当归入“四大类鉴定”中声像资料鉴定门类下的“电子数据鉴定”项目，理由在于电子数据鉴定实质上是解读、解答、分析电子数据与案件关联性的问题，而电子数据抽样检验作为对电子数据的检验措施之一，目的是证明送检检材中是否含有与证明案件事实有关的数据，因此从本质上看，对电子数据采取抽样检验措施是为了证明电子数据是否存在，因而完全有理由将电子数据抽样检验划归到电子数据存在性鉴定范畴。在明晰了电子数据抽样检验纳入司法鉴定管理体制后，其资格准入问题就迎刃而解。在自然人申请电子数据鉴定执业资格时，想要申请或增加电子数据抽样检验项目，就应当学习有关电子数据抽样检验的原理、方法等专业知识，并在鉴定人职业资格考试中增设电子数据抽样检验相关题目以实现司法鉴定的岗前考察，在拿到电子数据抽样检验项目的司法鉴定资格后才可以在实践中运用这一方法。

囿于当前电子数据司法鉴定业务还未包含抽样检验项目，因此可以考虑引入第三方专家协助解决电子数据的抽样检验活动。在我国现行刑事诉讼专门性问题解决方案中，已经明确了在“因无鉴定机构”或“根据法律、司法解释的规定”的情形下，允许具有专门知识的人就专门性问题出具报告。[①] 同样的，在电子数据抽样检验方面，可以指派、聘请第三方专家出具有关电子数据抽样检验的专门性问题报告。然而，这种第三方专家的引入并非毫无限制。一方面，需考虑第三方专家必须符合一定的资质要求，包括但不限于具

①2021年《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》第一百条。

备与电子数据抽样检验相关的专业学历背景、拥有一定年限的相关工作经验以及能够熟练运用各类工具和技术对电子数据进行抽样检验等。只有确保第三方专家具备足够的专业能力，才能保证其出具的专门性问题报告具有科学性和可靠性，保证电子数据抽样检验结果能够作为刑事证据使用。另一方面，为了保障抽样程序的公正性和透明度，应当建立针对第三方专家参与电子数据抽样检验的有效监督机制。之所以给第三方专家限定在“参与”的语境下，在于刑事诉讼中的电子数据抽样检验活动不可完全由第三方专家独立进行，应当由公安司法机关对整个活动进行监督。在第三方专家抽样过程中，公安司法机关应指派两名以上工作人员以第三方视角全程参与抽样检验活动，并制作《抽样检验监督记录》，对于抽样检验的方法选择、样本确定、适用标准等关键环节进行同步记录，确保抽样的全过程可追溯，保障抽样检验活动的合法性。

（三）增强审查刑事抽检结果证明功能

证明案件事实是电子数据抽样检验最核心的功能，在对其结果进行审查时，应着重审查抽样检验结果的证明功能。可以从抽样检验的结果是否能反映整体检材的真实情况、抽样检验的结果结合其他证据能否认定全部事实两个方面着重审查。第一个方面，应当从被检样本的代表性角度出发，现存案例中不乏有随意降低抽样数量比例的情况出现，例如在于某非法获取公民个人信息案，办案人员从 4578 条公民个人信息中仅仅抽取了 74 条进行检验，抽样数量比例低至 1.6%[①]；又如在丁某等诈骗、寻衅滋事案中，办案人员从被扣押的手机中包含的涉案 APP 里获取到会员数量 1971112 人，但最终抽样检验的被检样本容量仅为 50 人，抽样数量比例更是低至 0.0025%。[②] 如此低比例的抽样检验结果是否能真正证明案件事实，答案显而易见，因此从被检样本的代表性来审查，严格把控被检样本容量，排除明显偏低不具备代表性、违背科学性的抽样检验结果，确保抽样检验结果能够尽量反映整体检材的真实情况。另外还应考量被检样本的数据权重问题，获取的检材中包含的数据对证明案件事实的分量是不同的，例如有些数据在定罪量刑中权重占比为 1.0，而有些数据虽与案件有关但权重占比仅为 0.5 甚至 0.1，需要划分合理的等级，不同权重的数据当然不能利用同质化检材的抽样检验方法，这就要求在审查时遵循比例原则，增加对数据权重的审查。第二个方面，针对客观条件限制无法逐一进行检验的情况，《关于电诈等刑事案件的意见》提出了“综合认定”的方法证明案件事实，因此作为辅助进行综合认定因素之一的抽样检验结果，能否与其他证据结合来证明案件事实成为了需要审查的要素，在已经获得其他查证属实的证据后，将其他证据与抽样检验结果所反映的案件事实进行对比、结合后分析，一致的分析结果可以增加对案件事实的认定可信度，若与其他证据反应的案件事实明显偏差，则要考虑抽样检验结果是否存在问题，需对抽样检验过程进行更加深入的审查，利用元数据链条溯源的便利性进行回溯工作。总而言之，通过对电子数据抽样检验结果的代表性审查，以保证其能够反映整体检材的真实情况，再通过对电子数据抽样检验结果在综合认定工作中的功能审查，以保证抽样检验结果综合认定案件事实的准确性，通过完成上述两方面的审查，来实现审查电子数据抽样检验结果证明功能的目标。

五、余论

海量证据背景下的证据证明难题需要依靠新方法、新思路来解决，电子数据抽样检验具有极大价值。首先，电子数据抽样检验正是在大数据时代中应运证明难题而生的，虽然电子数据抽样检验结果与事实之间存在误差，但只要将误差控制在可以接受的范围内，使其具备科学不确定性的精确，便足以在证明案件事实中发挥其应有功能。其次，电子数据抽样检验是面临海量证据证明难题时，平衡质量与效率要求的最佳方案，以被检样本代替被检总体的特征，从而大大降低检验时间，提升效率，并且采取科学的抽样方法能够保证抽样检验证明案件事实的质量，在当下没有更好检验方案的前提下，抽样检验相较于等约计量等网络犯罪简化方案更具有科学性，是应该被发展与推广的刑事证明方法。最后，电子数据抽样检验作为年

①湖北省恩施土家族苗族自治州中级人民法院(2017)鄂 28 刑终 67 号刑事判决书。

②浙江省台州市中级人民法院（2019）浙 10 刑初 80 号刑事判决书。

轻的证明方法之一，面临着发展不成熟、法规欠完善、做法受质疑[①]的现实问题，这些问题是一个新理论进入司法领域中的必由之路，也正是因为这些问题的出现，能够使学术界与实务界看清电子数据抽样检验的真实面目，既不盲目轻信，也不随意扬弃，也正是这些问题的发现，从侧面证明了各界对电子数据抽样检验抱有期待，希望其能够更加完善，最终成为我国海量证据刑事证明的主流方法之一。

On the Sampling Inspection of Electronic Data in Criminal Procedure

HAO Zhi-heng

(School of Criminal Justic,China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: The high incidence of cybercrimes has led to a massive increase in electronic data, and sampling inspection has become a way to solve the problem of its proof. Sampling inspection has gradually developed in the fields of administrative investigation and criminal proof, and the time is ripe for it to enter the field of electronic data. However, there are still drawbacks such as imperfect regulatory standards, unclear sampling inspection subjects, and difficulties in examining the sampling inspection results. Based on this, it is necessary to fill the loopholes in the regulatory standards for sampling inspection and refine them in the form of judicial interpretations or departmental regulatory documents, and construct a technical standard system that is in line with the characteristics of electronic data. It is necessary to clarify the selection of sampling inspection subjects and establish a dual subject qualification framework for them. It is also necessary to examine the evidential function of the sampling inspection results, starting from two aspects: the representativeness of the samples and the comprehensive determination of facts in combination with other evidence, so as to ensure that the results accurately reflect the overall situation. It is hoped that this can provide a reference for the application of sampling inspection of electronic data in the criminal field.

Key words: electronic data; criminal sampling; sampling inspection; forensics

[责任编辑　治平]

①刘品新：《网络犯罪证明简化论》，《中国刑事法杂志》2017年第6期。