

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH VỀ DỮ LIỆU ĐIỆN TỬ TRONG TỔ TỤNG HÌNH SỰ

PHẠM CÔNG TÙNG*

Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 lần đầu tiên quy định về dữ liệu điện tử, tuy nhiên, thực tiễn áp dụng các quy định này còn gặp một số vướng mắc trong việc thu thập; phục hồi và giám định dữ liệu điện tử; việc chặn thu, sao lưu, bảo quản dữ liệu điện tử.

Từ khóa: Dữ liệu điện tử trong tố tụng hình sự; thu thập, phục hồi, giám định dữ liệu điện tử.

Nhận bài: 04/11/2021; biên tập xong: 15/11/2021; duyệt bài: 20/11/2021.

1. Một số vướng mắc, bất cập

Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 sửa đổi, bổ sung năm 2021 (sau đây viết tắt là BLTTHS năm 2015) quy định về khái niệm, các nguồn chứa dữ liệu điện tử, yêu cầu về giá trị chứng cứ của dữ liệu điện tử (Điều 99); quy định dữ liệu điện tử là một nguồn chứng cứ mới và có giá trị như các nguồn chứng cứ khác (Điều 87) làm cơ sở để xác định hành vi phạm tội và xử lý tội phạm; quy định về các biện pháp thu thập dữ liệu điện tử như khám nghiệm hiện trường (Điều 201); quy định về cách thức thu thập dữ liệu điện tử (Điều 196, Điều 107); quy định về bảo quản dữ liệu điện tử (Điều 199). Đây là quy định có ý nghĩa

quan trọng trong điều tra, khám phá tội phạm, đặc biệt là khi tội phạm lợi dụng công nghệ cao, mạng viễn thông, mạng internet... đang diễn biến phức tạp. Như vậy, các quy định về dữ liệu điện tử trong BLTTHS năm 2015 đã tương đối đầy đủ và là công cụ pháp lý để các lực lượng thực thi pháp luật áp dụng trong phòng, chống tội phạm. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy một số vướng mắc, bất cập như sau:

Một là, việc sử dụng các thuật ngữ chưa thống nhất, hợp lý. Tên Điều 107 BLTTHS năm 2015 là “Thu thập phương tiện điện tử,

*Thạc sĩ, Khoa Luật, Học viện An ninh nhân dân.

dữ liệu điện tử”. Tại khoản 1 điều này lại quy định: “Phương tiện điện tử phải được thu giữ kịp thời, đầy đủ, mô tả đúng thực trạng và niêm phong ngay sau khi thu giữ. Việc niêm phong, mở niêm phong được tiến hành theo quy định của pháp luật.

Trường hợp không thể thu giữ phương tiện lưu trữ dữ liệu điện tử thì cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng sao lưu dữ liệu điện tử đó vào phương tiện điện tử và bảo quản như đối với vật chứng, đồng thời yêu cầu cơ quan, tổ chức, cá nhân liên quan lưu trữ, bảo toàn nguyên vẹn dữ liệu điện tử mà cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng đã sao lưu và cơ quan, tổ chức, cá nhân này phải chịu trách nhiệm trước pháp luật”.

Điều 196 BLTTHS năm 2015 quy định về việc thu giữ phương tiện điện tử, dữ liệu điện tử như sau: “Việc thu giữ phương tiện điện tử, dữ liệu điện tử do người có thẩm quyền tiến hành tố tụng thực hiện và có thể mời người có chuyên môn liên quan tham gia. Trường hợp không thể thu giữ được thì phải sao lưu vào phương tiện lưu trữ và thu giữ như đối với vật chứng; khi thu giữ các phương tiện điện tử có thể thu thiết bị ngoại vi kèm theo và các tài liệu có liên quan”.

Như vậy, có thể thấy các quy định trên có sự đồng nhất hai khái niệm “thu thập phương tiện điện tử” và “thu giữ phương tiện điện tử” là chưa hợp lý, thiếu thống nhất và gây khó khăn trong áp dụng. Xét về bản chất, phải sử dụng thuật ngữ “thu thập dữ liệu điện tử”, vì dữ liệu điện tử mới là một nguồn chứng cứ, còn phương tiện điện

tử chỉ là nơi mà dữ liệu điện tử được thu thập, sau khi khám xét phương tiện điện tử có chứa dữ liệu điện tử là nguồn chứng cứ thì mới phát sinh việc thu thập dữ liệu điện tử và tiến hành thu giữ phương tiện điện tử chứa dữ liệu điện tử đó.

Điều 99 BLTTHS năm 2015 sử dụng các thuật ngữ “tạo ra” và “khởi tạo”, “truyền đi và nhận được” và “truyền gửi” cũng thể hiện sự thiếu thống nhất trong cùng một điều luật, gây ra nhiều cách hiểu khác nhau. Trong khi, Luật giao dịch điện tử năm 2005 đề cập đến thuật ngữ “khởi tạo”, “truyền gửi” tại khoản 2 Điều 14 như sau: “Giá trị chứng cứ của thông điệp dữ liệu được xác định căn cứ vào độ tin cậy của cách thức khởi tạo, lưu trữ hoặc truyền gửi thông điệp điện tử; cách thức xác định người khởi tạo và các yếu tố phù hợp khác”.

Hai là, nội dung một số điều luật có sự trùng lặp và vị trí được sắp xếp tại các chương chưa hợp lý. Điều 107 và Điều 196 BLTTHS năm 2015 có nhiều điểm giao thoa về mặt nội dung, song tên gọi các điều luật lại khác nhau. Điều 196 quy định về thu giữ phương tiện điện tử, dữ liệu điện tử trong chương “Khám xét, thu giữ, tạm giữ tài liệu, đồ vật” là không hợp lý, do hoạt động thu thập phương tiện điện tử, dữ liệu điện tử thường phải là hệ quả tiếp theo của các hoạt động khám nghiệm hiện trường, khám xét... là các hoạt động được quy định tại các chương khác nhau của BLTTHS.

Ba là, một số điều luật chưa quy định hoặc quy định chưa đầy đủ về các điều

kiện đảm bảo thực hiện.

Về thu thập dữ liệu điện tử: Khoản 2 Điều 99 BLTTTHS năm 2015 quy định: Dữ liệu điện tử được thu thập từ phương tiện điện tử, mạng máy tính, mạng viễn thông, trên đường truyền và các nguồn điện tử khác nhưng không đề cập việc thu thập dữ liệu điện tử từ các nguồn điện tử khác.

Điều 223 BLTTTHS năm 2015 đã chính thức ghi nhận biện pháp thu thập bí mật dữ liệu điện tử là một biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt, nhưng mới chỉ ghi nhận các thủ tục cần thiết trước khi tiến hành mà không quy định thủ tục pháp lý sau khi tiến hành các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt này, như: Các thông tin, tài liệu thu thập theo biện pháp này sẽ được bảo quản, lưu trữ như thế nào; có giống như việc bảo quản, lưu trữ các loại nguồn chứng cứ thông thường hay không? Đặc biệt, vấn đề này có liên quan đến việc đảm bảo quyền con người, quyền công dân về bất khả xâm phạm về chỗ ở, đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình, an toàn và bí mật thư tín, điện thoại, điện tín; liên quan đến hoạt động kinh doanh của đơn vị dịch vụ viễn thông, dịch vụ internet với vai trò là đơn vị chủ quản quản lý hệ thống viễn thông, đường dây liên lạc bằng điện thoại...

Mặt khác, khoản 2 Điều 225 BLTTTHS năm 2015 quy định về chủ thể trực tiếp thi hành quyết định áp dụng biện pháp thu thập bí mật dữ liệu điện tử là “cơ quan chuyên trách trong Công an nhân dân, Quân đội nhân dân theo quy định của pháp luật có trách nhiệm thi hành quyết định áp

dụng biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt”, song chưa quy định cụ thể cơ quan, đơn vị nào là “cơ quan chuyên trách”, trong khi theo Điều 5 Thông tư số 11/2020/TT/BCA ngày 06/02/2020 quy định về phân công trách nhiệm phối hợp thực hiện các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt trong Công an nhân dân thì cơ quan chuyên trách trong Công an nhân dân có trách nhiệm thi hành quyết định áp dụng phương pháp điều tra tố tụng đặc biệt là đơn vị kỹ thuật nghiệp vụ, đơn vị an ninh mạng và phòng, chống tội phạm sử dụng công nghệ cao, đơn vị ngoại tuyến¹.

Về phục hồi và giám định dữ liệu điện tử: Theo BLTTTHS năm 2015, phục hồi dữ liệu điện tử chỉ đặt ra khi cần giám định chuyên môn đối với dữ liệu điện tử đã thu thập được mà chưa đề cập đến trường hợp phục hồi dữ liệu điện tử nhằm phát hiện dữ liệu điện tử để thu thập. Thực tế phát sinh yêu cầu cần phục hồi dữ liệu điện tử để phát hiện và từ đó thu thập dữ liệu điện tử trong quá trình điều tra và việc làm này cũng cần phải coi là phục hồi dữ liệu điện tử trong tổng thể quá trình phát hiện, thu thập, củng cố chứng cứ trong điều tra hình sự². Mặt khác, đối với dữ liệu điện tử được thu thập bí mật có cần phải phục hồi dữ liệu điện tử theo

1. Xem: Lê Thị Thùy Linh (2021), “Thu thập bí mật dữ liệu điện tử trong điều tra các vụ án xâm phạm an ninh quốc gia”, Kỷ yếu Hội thảo về Dữ liệu điện tử trong điều tra các vụ án hình sự, Học viện An ninh nhân dân, Hà Nội.

2. Xem: Chế Quang Nghĩa (2021), “Một số trao đổi xoay quanh nhận thức về hồi phục dữ liệu điện tử trong điều tra các vụ án hình sự”, Kỷ yếu Hội thảo về Dữ liệu điện tử trong điều tra các vụ án hình sự, Học viện An ninh nhân dân, Hà Nội.

khoản 3 Điều 223 BLTTHS năm 2015 hay không? Và nếu phải phục hồi dữ liệu điện tử thì thực hiện khi nào, do chủ thể nào thực hiện?

Trường hợp phục hồi dữ liệu điện tử khi giám định dữ liệu điện tử đã thu thập được trong điều tra vụ án hình sự thì Cơ quan điều tra là chủ thể trung cầu giám định; cơ quan, cán bộ có chuyên môn về công nghệ thông tin là chủ thể được trung cầu giám định. Việc trung cầu giám định, giám định và trả lời theo các quy định tại khoản 3 Điều 107, Điều 206, Điều 207 BLTTHS năm 2015 và các quy định có liên quan. Trường hợp phục hồi dữ liệu điện tử để phát hiện và thu thập dữ liệu điện tử bằng cả hoạt động công khai (khoản 1, 2 Điều 107; các điều 192, 196) và bí mật (khoản 3 Điều 223) thì Cơ quan điều tra là chủ thể yêu cầu phối hợp thực hiện; các lực lượng an ninh mạng và phòng, chống tội phạm sử dụng công nghệ cao và kỹ thuật nghiệp vụ của cán bộ tham gia phối hợp và trực tiếp thực hiện.

Ngoài ra, Điều 206 BLTTHS năm 2015 quy định về các trường hợp bắt buộc phải trung cầu giám định nhưng không có trường hợp về dữ liệu điện tử. Theo đó, trung cầu giám định về dữ liệu điện tử thuộc trường hợp Cơ quan điều tra “xét thấy cần thiết”, điều này dẫn đến tùy nghi trong áp dụng biện pháp trung cầu giám định.

- *Về phương tiện điện tử*: Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 chưa quy định khái niệm “phương tiện điện tử” và “thiết bị lưu trữ dữ liệu điện tử”. Đây là vấn đề rất quan trọng do thực tế các phương tiện

điện tử ngày càng đa dạng và không thể thiếu trong đời sống hàng ngày, trong sản xuất kinh doanh.

Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 cũng chưa phân định rõ phương tiện điện tử là vật chứng của vụ án với phương tiện điện tử khởi tạo, lưu trữ dữ liệu điện tử và phương tiện điện tử được sử dụng trong mạng máy tính, mạng viễn thông để truyền gửi dữ liệu điện tử. Hơn nữa, việc quy định về thu thập phương tiện điện tử, dữ liệu điện tử trong cùng một điều luật (Điều 107) là chưa hợp lý, dẫn đến nhận thức không thống nhất về thu thập dữ liệu điện tử và thu giữ phương tiện điện tử.

Chỉ sử dụng thuật ngữ “thu giữ” đối với phương tiện điện tử tại Điều 107 và Điều 196 BLTTHS năm 2015 là chưa đầy đủ và chính xác. Việc thu giữ chỉ đặt ra đối với những loại đồ vật thuộc loại cấm tàng trữ, lưu hành còn những trường hợp khác thì cơ quan có thẩm quyền tiến hành tạm giữ và có hình thức xử lý thích hợp. Mặt khác, Điều 196 chưa quy định rõ ràng về trường hợp không thể thu giữ được phương tiện điện tử, dữ liệu điện tử thì cần sao lưu cái gì vào phương tiện lưu trữ và phương tiện lưu trữ ở đây có phải là phương tiện điện tử như quy định tại khoản 1 Điều 107 BLTTHS năm 2015 hay không?

- *Về việc chặn thu dữ liệu điện tử*: Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 chưa quy định về trình tự, thủ tục, chủ thể thực hiện các hoạt động chặn, thu dữ liệu điện tử trên đường truyền nên thực tiễn áp dụng còn gặp khó khăn. Hầu hết dữ liệu điện tử được thu

thập thông qua các biện pháp như khám nghiệm hiện trường, khám xét, thu giữ thư tín, điện tín, bưu kiện, bưu phẩm... Trong nhiều trường hợp, các biện pháp này khó có thể thu thập được dữ liệu điện tử do đối tượng phạm tội sử dụng nhiều phương thức, thủ đoạn để lưu giữ dữ liệu điện tử (trên máy chủ ở nước ngoài, mạng internet, nhiều dữ liệu điện tử chỉ tồn tại trên đường truyền trong một khoảng thời gian nhất định...).

- Về sao lưu, bảo quản dữ liệu điện tử:
Theo Điều 107 BLTTHS năm 2015 thì: “Trường hợp không thể thu giữ phương tiện lưu trữ dữ liệu điện tử thì cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng sao lưu dữ liệu điện tử đó vào phương tiện điện tử và bảo quản như đối với vật chứng, đồng thời yêu cầu cơ quan, tổ chức, cá nhân liên quan lưu trữ, bảo toàn nguyên vẹn dữ liệu điện tử mà cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng đã sao lưu và cơ quan, tổ chức, cá nhân này phải chịu trách nhiệm trước pháp luật”. Nhưng thời gian cụ thể lưu trữ dữ liệu đó bao lâu hay trình tự, thủ tục, yêu cầu điều kiện, phương tiện để lưu trữ dữ liệu điện tử trong quá trình sao lưu cũng chưa có quy định. Ngoài ra, cách thức bảo quản phương tiện điện tử, dữ liệu điện tử, trường hợp phương tiện điện tử, dữ liệu điện tử bị hư hỏng thì biện pháp khắc phục ra sao... cũng chưa được đề cập.

2. Kiến nghị hoàn thiện pháp luật

Từ những bất cập, vướng mắc về dữ liệu điện tử, tác giả đưa ra một số kiến nghị sau:

Thứ nhất, cần sửa đổi và sử dụng thống nhất thuật ngữ “khởi tạo”, “truyền gửi” quy định tại Điều 99 BLTTHS năm 2015.

Theo đó, tại khoản 1 cần sửa thành: “Dữ liệu điện tử là ký hiệu, chữ viết, chữ số, hình ảnh, âm thanh hoặc dạng tương tự được khởi tạo, lưu trữ, truyền gửi bởi phương tiện điện tử”. Điều 107, Điều 196 cần được sửa đổi, thống nhất sử dụng các thuật ngữ “thu thập dữ liệu điện tử” và “thu giữ phương tiện điện tử”.

Thứ hai, ghép Điều 107 và Điều 196 BLTTHS năm 2015 với tên gọi “Thu thập dữ liệu điện tử, thu giữ phương tiện điện tử” và chỉnh sửa cấu trúc, nội dung cho phù hợp. Theo đó, quy định khoản 1 Điều 107 theo hướng như sau:

“Phương tiện điện tử phải được thu giữ, tạm giữ kịp thời, đầy đủ, mô tả đúng thực trạng và niêm phong ngay sau khi thu giữ, tạm giữ. Việc niêm phong, mở niêm phong được tiến hành theo quy định của pháp luật.

Trường hợp không thể thu giữ, tạm giữ phương tiện lưu trữ dữ liệu điện tử thì cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng sao lưu dữ liệu điện tử đó vào phương tiện điện tử và bảo quản như đối với vật chứng, đồng thời yêu cầu cơ quan, tổ chức, cá nhân liên quan lưu trữ, bảo toàn nguyên vẹn dữ liệu điện tử mà cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng đã sao lưu và cơ quan, tổ chức, cá nhân này phải chịu trách nhiệm trước pháp luật.

Việc thu giữ, tạm giữ phương tiện điện tử do người có thẩm quyền tiến hành tố tụng thực hiện và phải mời người có chuyên môn liên quan tham gia³. Trường hợp

3. Xem: Vương Thăng Long, Trần Thị Tú Anh (2021), “Quy định của pháp luật Liên bang Nga về dữ liệu điện tử và thu thập dữ liệu điện tử”, Kỷ yếu Hội thảo về Dữ liệu điện tử trong điều tra các vụ án hình sự, Học viện An ninh nhân dân, Hà Nội.

không thể thu giữ, tạm giữ được thì phải sao lưu vào phương tiện lưu trữ điện tử và thu giữ, tạm giữ như đối với vật chứng.

Khi thu giữ, tạm giữ các phương tiện điện tử có thể thu giữ, tạm giữ thiết bị ngoại vi kèm theo và các tài liệu có liên quan”.

Thứ ba, bổ sung, làm rõ quy định về khám nghiệm hiện trường kỹ thuật số, điện tử trong BLTTHS, quy định rõ về trường hợp cụ thể bắt buộc trưng cầu giám định đối với dữ liệu điện tử, nhất là trường hợp phương tiện điện tử được dùng để khởi tạo, lưu trữ hoặc truyền gửi dữ liệu điện tử bị đối tượng phạm tội cố tình tác động tiêu hủy hoặc không hợp tác trong tìm kiếm, phục hồi, phát hiện, sao lưu, phân tích dữ liệu điện tử. Cần quy định cụ thể một số trường hợp không thu giữ các phương tiện điện tử, do thực tế có những phương tiện điện tử không có ý nghĩa đối với việc giải quyết vụ án nhưng lại có vai trò đặc biệt quan trọng trong việc sản xuất, kinh doanh..., cần phải liệt kê và phân loại phương tiện điện tử cần thu thập nhằm đảm bảo được lợi ích hợp pháp của chủ sở hữu các phương tiện điện tử.

Ngoài ra, cũng cần quy định cụ thể về việc chặn thu dữ liệu điện tử như trình tự, thủ tục chặn thu, yêu cầu của việc chặn thu; trách nhiệm của cơ quan tiến hành chặn thu cũng như các cơ quan, đơn vị, cá nhân có liên quan; đặc biệt liên quan tới mạng internet và các dịch vụ gia tăng khác.

Thứ tư, các cơ quan có thẩm quyền cần nghiên cứu, ban hành các văn bản hướng dẫn thực hiện thu thập, bảo quản, sử dụng dữ liệu điện tử. Chẳng hạn, ban hành thông

tư quy định quy chế, cơ chế phối hợp giữa các lực lượng trong thu thập, bảo quản, sử dụng dữ liệu điện tử, đặc biệt là quan hệ phối hợp giữa lực lượng An ninh mạng và phòng, chống tội phạm sử dụng công nghệ cao với Cơ quan điều tra và các cơ quan, tổ chức khác trong điều tra vụ án hình sự.

Việc sao lưu dữ liệu điện tử cũng cần có những hướng dẫn cụ thể, không chỉ đặt ra trong trường hợp không thể thu giữ, tạm giữ được phương tiện điện tử lưu trữ dữ liệu mà còn có thể được tiến hành khi cơ quan có chức năng cần sao lưu trên mạng máy tính, mạng viễn thông hoặc trên đường truyền. Về sao lưu, cần có những quy định về trình tự, thủ tục, phương tiện, phần mềm sao lưu, phương tiện dùng để lưu trữ, thời gian lưu trữ, bảo quản nguyên vẹn dữ liệu điện tử là bao nhiêu trong trường hợp cơ quan, tổ chức, cá nhân liên quan thực hiện lưu trữ, bảo quản⁴. Bên cạnh đó, cần nâng cao hiệu quả hợp tác quốc tế trong nghiên cứu, xây dựng, hoàn thiện các quy định của pháp luật tố tụng hình sự liên quan đến dữ liệu điện tử; tham khảo, học tập kinh nghiệm lập pháp của một số quốc gia trên thế giới quy định về dữ liệu điện tử, đặc biệt là vấn đề thu thập dữ liệu điện tử bằng hình thức tương trợ tư pháp về hình sự. □

4. Công ước của Hội đồng Châu Âu về tội phạm mạng năm 2001 quy định thời hạn lưu trữ dữ liệu máy tính thuộc sự chiếm hữu, quản lý của một cá nhân đòi hỏi cá nhân đó có nghĩa vụ giữ gìn và duy trì sự toàn vẹn của dữ liệu máy tính đó trong một thời gian cần thiết (không quá 90 ngày). Luật Tố tụng hình sự Nhật Bản quy định các cơ quan chức năng có quyền yêu cầu các nhà cung cấp dịch vụ lưu trữ dữ liệu máy tính lên tới 60 ngày khi có yêu cầu.