

我国跨境电子数据取证制度的发展与完善

徐锦民

贵州大学法学院，贵州 贵阳

收稿日期：2023年5月6日；录用日期：2023年5月17日；发布日期：2023年7月17日

摘要

在数字时代，跨境网络犯罪已经成为各国的共同威胁，而打击跨境网络犯罪的关键就在于如何高效地获取电子数据证据。随着世界各国对打击跨境网络犯罪的强烈关注，各国维护数据主权与网络安全的意识也愈发强烈，跨境电子数据取证制度在此背景下不断发展。我国目前规定了刑事司法协助与单边跨境取证两种跨境电子数据取证方式，但是数据服务商披露模式并没有制度性发展。因此，有必要研究我国当前跨境电子数据取证制度的发展现状，提出完善的合理意见，进一步提高我国在世界范围内的数据话语权。

关键词

电子数据，跨境取证，数据主权，网络犯罪

Development and Improvement of Our Cross-Border Electronic Data Forensics System

Jinmin Xu

School of Law, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: May 6th, 2023; accepted: May 17th, 2023; published: Jul. 17th, 2023

Abstract

In the digital age, cross-border cyber crime has become a common threat to all countries, and the key to combat cross-border cyber crime lies in how to obtain electronic data evidence efficiently. As countries all over the world pay more and more attention to the fight against cross-border cyber crimes, the awareness of safeguarding data sovereignty and network security is becoming

more and more strong. Under this background, cross-border electronic data forensics system keeps developing. At present, there are two kinds of cross-border electronic data evidence collection methods: criminal judicial assistance and unilateral cross-border evidence collection, but the disclosure mode of data service providers has not been developed in institutional development. Therefore, it is necessary to study the current development status of cross-border electronic data forensics system, and put forward reasonable suggestions to improve the power of data discourse in the world.

Keywords

Electronic Data, Cross-Border Forensics, Data Sovereignty, Cybercrime

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

网络技术与通信技术的快速发展，使人类社会进入了数字时代。网络技术的广泛应用不仅促进了社会科技与经济高速发展，也被犯罪分子用于实施跨境网络犯罪，跨境网络犯罪已成为各国面临的共同威胁。《联合国打击网络犯罪公约》是联合国主导下首个网络国际公约，该公约目前还在谈判中，而跨境电子数据取证便是公约谈判的重要议题之一。《联合国打击网络犯罪公约》的谈判顺应了跨境电子数据取证制度的发展趋势，也回应了世界各国对于网络犯罪的关注。在数字时代背景下，打击跨境网络犯罪的现实需求不断增加，作为打击犯罪的关键，我国传统的跨境电子数据取证制度面临重大挑战。研究我国当前跨境电子数据取证制度的发展现状，并基于发展现状提出改革完善建议，在进一步维护我国的数据主权和网络安全的同时，也能够提高我国在世界范围内的数据话语权。

2. 我国跨境电子数据取证制度的发展

2.1. 电子数据与跨境取证制度

从国内司法实践情况来看，“电子数据”与“电子证据”是不同时期对电子数据类证据的不同称呼，二者并无实质性的差别。《中华人民共和国刑事诉讼法》在 2012 年在法定证据种类中增加了“电子数据”。自此，无论是学者研究还是司法实践，都开始适用“电子数据”。电子数据作为数字时代的证据之王，与传统实物证据相比，具有易改变性、脆弱性、聚集性等特征[1]。这些特点决定了电子数据需要适用不同的取证模式和取证方法，同时也给传统的跨境取证制度带来了巨大挑战。

传统的跨境取证制度基于司法协助不断发展并逐渐成熟。根据国外学者的研究，跨境取证制度在 19 世纪末到 20 世纪末这段时间内，伴随着国际刑事司法协助的发展逐渐成熟并形成了制度框架。19 世纪末到 20 世纪中期，不同国家之间的跨境取证主要通过“请求书”进行，跨境取证制度初步发展；20 世纪中期到 20 世纪末，《欧洲刑事司法协助公约》《美国瑞士司法协助条约》都对司法协助作了制度安排，跨境取证制度逐渐成熟；21 世纪初至今，网络技术快速发展，跨境取证制度遭遇新挑战。美国在 2018 年通过了《澄清境外数据合法使用法案》，欧盟也通过了电子数据取证的相关草案，更加凸显了电子数据跨境取证的现实需求。跨境电子数据取证制度发展研究成为刑事诉讼法与国际法学界的新课题[2]。

2.2. 我国跨境电子数据取证制度的发展

对于跨境电子数据取证,我国目前还没有专门立法,但在《中华人民共和国刑事诉讼法》《中华人民共和国国际刑事司法协助法》等相关法条中规定了两种跨境电子数据取证的途径,分别为请求刑事司法协助以及单边跨境取证,但近些年逐渐发展起来的通过数据服务商获取电子数据证据的途径在我国没有出现制度性变化。

2.2.1. 刑事司法协助模式的发展

由于跨境网络犯罪的特殊性,刑事司法协助模式是传统的跨境取证模式在网络空间的适用。该种模式在尊重他国主权的同时能够最大限度维护我国数据主权,是我国跨境电子数据取证途径中最重要也最受世界各国认可的取证模式。我国在2018年颁布的《中华人民共和国国际刑事司法协助法》中,专门规定了涉外刑事案件的调查取证程序。从该法第25条来看,通过刑事司法协助的方式获取境外刑事证据时,需要办案机关、主管机关、对外联系机关等多个机关的相互配合。除此以外,2016年发布的《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》以及2021年发布的《人民检察院办理网络犯罪案件规定》都对刑事司法协助进行了规范^[3]。这种模式的程序流程虽然正式,但比较繁琐,难以满足电子数据取证的效率性要求,容易使电子数据遭受被删改和污损的风险,不利于后续的审判工作,国内有学者把这种取证模式归纳为“倒U型”的取证模式。

2.2.2. 单边跨境取证模式的发展

由于刑事司法协助的程序繁琐,在司法实践中,许多国家会通过技术手段来提取境外电子数据。单边跨境取证模式极大的提高了取证效率并且程序简洁方便,但很可能会因为侵犯他国数据主权而引起外交风险^[4]。我国2014年发布的《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》以及2016年发布的《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》都对单边跨境取证进行了规范,允许可以通过网络远程在线提取位于境外的电子数据。直到2019年发布的《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》,不再允许提取境外信息系统的电子数据,但是可以通过网络提取已经公开的数据以及境内数据。从单边跨境取证的发展来看,此种取证方式是为了满足当前时代背景下日渐庞大的跨境电子取证需求而创设的,与传统的跨境调查取证有明显的差别,侦查人员在本国境内就可以通过网络获取到位于境外服务器上的电子数据,更加高效便捷,同时也伴随着侵犯他国数据主权的风险。

2.2.3. 数据服务商披露模式的发展

数据服务商披露模式是欧盟和美国近年来在推行的在执法机关与数据服务商合作的基础上建立起来的一种模式。类似谷歌、脸书等大型互联网运营商的服务器存储着大量的数据,执法机关在侦查过程中发现所需要提取的电子数据位于这些公司的服务器上时,可以与服务提供者联系,要求其提供相关的电子数据信息。这种取证模式表面上倡导合作,其实质上带有强制性。因此,这种取证模式也受到一些数据服务商的质疑,认为这种方式会泄露用户的个人隐私。2018年轰动一时的“微软诉美国政府案”就反映出数据服务公司对于这种取证方式的不满,但随后出台的《澄清境外数据合法使用法案》则明确授权了政府可以单方强制数据服务商提供案件所需要的电子数据。

三种不同的取证模式的程序要求都各不相同。刑事司法协助的程序复杂,需要多个国家机关的相互配合,效率较低,而单边跨境取证和数据服务商披露模式的合法性仍受到批判和质疑,立法对后两种取证模式的规定较为模糊。我国立法目前尚未承认数据服务商披露模式,对单边跨境取证模式缺乏事前审批程序的规定。取证模式的不同导致取证程序的差异,使得取证程序工作的开展具有复杂性。

我国跨境电子数据取证制度的三种主要取证途径发展并不均衡,也不能满足实践的需求,这也导致

了我国跨境电子数据取证制度的发展困境。

3. 我国跨境电子数据取证制度的困境

3.1. 刑事司法协助程序具有滞后性

在《中华人民共和国国际刑事司法协助法》第四章“调查取证”中，详细规定了向外国请求调查取证的跨境取证程序，其中第 25 条明确规定该程序适用于获取“电子数据”。因此，在刑事司法协助中必须遵循这种繁琐冗长的程序，以确保其有效性[5]。在数字时代的背景下，刑事司法协助程序未能充分考虑跨境电子取证的快捷化需求。同时，现行立法对跨境电子证据的收集、保存和移送等方面缺乏具体规定，也导致实践中出现许多问题。我国在跨境刑事电子取证方面的司法协助程序效率仍有待提高，该程序具有滞后性的现实问题也亟待解决。传统的刑事司法协助程序已经不再适应数字化时代，不再满足现实的跨境电子取证需求，这表明我们需要建立司法协助新机制来确保取证效率。因此，有必要对传统的刑事司法协助予以重新审视和定位。

3.2. 单边跨境取证不具合法性

根据 2019 年发布的《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》，我国的侦查机关被允许提取境外已经公开的数据以及境内数据。也就是说，在没有得到授权的情况下，采用技术手段提取境外数据具有违法行为。随着网络科技不断发展，跨境网络犯罪也日益增多，我国侦查机关在处理利用网络进行诈骗、赌博等案件时，很大一部分服务器放置于在境外，因此单边跨境取证已成为一种常见的侦查措施。在侦查活动中，人们希望将通过这种取证方式采集到的境外数据可以直接作为合法的证据，或是与其有同等的合法性。但是，由于我国法律规定对于单边跨境取证的限制，侦查机关无法通过快捷的取证方式满足现实需求，导致该种跨境电子取证方式的适用索然不具合法性，但依然被广泛应用。

3.3. 数据服务商披露模式发展具有有限性

近期，我国跨境电子数据取证的数据服务商披露模式并未出现任何制度性变革，这主要是因为目前我国尚未建立起一套完善的数据保护体系。相反的是，最近国际上一个重要的趋势是授权侦查机构通过这种方式间接地获取并储存于海外的数据。在这种情况下，境外的非法证据采集对于我国的数据主权构成极大威胁。根据 2018 年美国发布的《澄清境外数据合法使用法案》，其执法部门可以通过数据服务商获得其所持有的数据。然而，我国近年来在应对境外的非法证据采集时，只是采取了禁止相关数据出境，但没有授我国权侦查机关采用同样的跨境电子取证方式，这种对于外来威胁的被动防御状态在《中华人民共和国国际刑事司法协助法》中得到了充分的体现[6]。虽然侦查机关已经试着利用第三方渠道采集境外电子数据，然而，因为我国并没有相关的法律规定，这些渠道的合作仍然存在着一一定的障碍。

4. 我国跨境电子数据取证制度的完善

4.1. 建立刑事司法协助新机制

随着跨境电子取证新时代的到来，现有的刑事司法协助程序已经无法满足需求。因此，我们需要特别关注如何建立高效的司法协助渠道。在跨境电子数据取证制度的发展过程中，构建高效便捷刑事司法协助机制是促进发展的关键路径之一。在我国与其他国家或是地区之间签订相关条约时，我们可以建立一套高效的刑事司法协助程序，其应当以双边和多边两种方式为重点，以确保其有效性和可持续性。这一便捷模式将有助于促进各国之间跨境电子数据取证水平的提高，从而推动该制度的完善。此外，我国应当积极参与联合国等国际组织平台下的条约谈判，并提出高效的方案，以促进国际合作与发展。在双

边或多边渠道中,为了更有效地完成刑事司法协助,应当采取一定的措施,包括精简文书、统一申请和审查标准、明确响应和取证时限、规范程序运行要求以及设计拒绝情形[7]。除此之外,我国还应该积极利用互联网技术,为快速高效地实施便捷刑事司法程序提供技术支持。为了快速推进刑事司法协助程序以及实现双方执法者之间的直接沟通,我们应该在尊重彼此主权的基础上,加强双方的合作,以保障相关工作的顺利进行。

4.2. 完善单边跨境取证法律规范

从世界各国的实践适用来看,单方面进行跨境远程取证也存在一定的发展空间。随着近年来互联网技术的快速发展和普及,跨境网络犯罪呈现出高发态势,而其中最典型的就是非法获取个人或组织信息。随着全球化的发展,跨境非公开电子数据的收集一直是极具争议的话题,尤其是在国家主权的限制下。然而,由于当前的刑事司法协助机制无法满足这一需求,一些国家正在尝试采用远程收集的方式以期解决这一问题。我国可以借鉴这种做法,在无法确认数据存储实际位置的情况下,授权电子取证活动,以便在可能进入其他国家系统的情况下进行。此外,还可通过设立专门机构或建立数据库等方式来保障这一模式的实施,并逐步扩大范围。基于案件需求数据存储位置的,其最佳的方式是通过国际合作,建立快速的刑事司法渠道,进行单边跨境取证,以便有效地获取合法的电子数据。

4.3. 探索数据服务商披露模式

随着数据服务提供商获取越来越多遍布全球的云数据,可以在刑事侦查中探索利用这些平台来进行跨境电子数据调取。通过对多个国家的研究,内容数据和非内容数据的划分标准为对隐私保护的程度,并且在侦查过程中不同数据采用不同的措施[8]。在我国境内完善跨境电子数据取证制度的过程中,借鉴国外的经验不仅具有重要意义,同时也有助于克服当前制度发展完善所面临的困境。若我国法律仅授权侦查机关向数据服务商调取其持有的非内容数据,来缓解跨境业务的合规压力并尽量减少对他国数据主权的侵犯,这种做法更会被广泛接受。此外,如果数据服务商掌握的是与自身企业经营活动有关的数据,则在适用我国刑法时需要注意其是否符合“利用”标准。对于跨境数据服务商在获取到数据之后所持有的数据所有权问题,应当给予适当的保护。当境外数据服务商侵犯我国境内数据时,我国可以考虑采取平等的措施来维护我们的数据主权。

5. 总结

毫无疑问,随着网络技术与通信技术的快速发展,跨境网络犯罪已经成为各国的共同威胁,传统的跨境电子数据取证制度面临重大挑战。此种背景下,如美国、英国等西方国家以及欧盟都在积极的通过立法来推进本国或国家与国家之间电子取证模式的发展。与此同时,数据主权作为国家主权在网络空间的延伸,我国也越来越意识到其重要性。基于电子数据跨境取证的现实需求,传统的跨境电子数据取证制度需要进行改革,而在改革过程背后,存在着国家主权、国际关系问题与数据主权等问题。我们需要不断完善数据保护相关立法,在探索跨境电子数据取证新道路的同时,进一步维护我国的数据主权和网络安全,提高我国在世界范围内的数据话语权。

参考文献

- [1] 谢登科. 电子数据网络在线提取规则反思与重构[J]. 东方法学, 2020(3): 89-100.
- [2] 冯俊伟. 数字时代跨境刑事取证制度的转型[J]. 地方立法研究, 2022(7): 18-31.
- [3] 梁坤. 我国跨境刑事电子取证制度新发展与前瞻[J]. 中国信息安全, 2021(5): 85-88.
- [4] 叶媛博. 论多元化跨境电子取证制度的构建[J]. 中国人民公安大学学报, 2020, 36(4): 48-58.

- [5] 王爱立. 中华人民共和国国际刑事司法协助释义[M]. 北京: 法律出版社, 2019.
- [6] 徐伟, 翁小平, 王馨全. 跨境电子取证: 谨慎的立法与冲动的司法——兼谈对数据主权的影响[J]. 信息安全与通信保密, 2020(7): 8-15.
- [7] 王立梅. 论跨境电子证据司法协助简易程序的构建[J]. 法学杂志, 2020(3): 82-92.
- [8] 赵菁. 跨境电子数据取证中的冲突与对策[J]. 政法学刊, 2020, 37(1): 81-88.