欧盟刑事跨境电子取证制度的新发展及启示

孙　键

（西南交通大学　公共管理学院，四川　成都　610031）

摘　要：在数据时代，刑事犯罪与网络空间的深入融合凸显了电子数据证据在刑案侦破中的重要地位。跨境涉网刑案的日益增多也让各国日益关注跨境电子取证制度的建设。在复杂的案件环境中，我国目前大力推行的刑事司法协助制度有着适用范围小、启动后效率低的问题。作为补充的单边跨境电子取证制度则仅以缺乏有效监督体系、范围同样有限的网络在线提取为主。二者均难以满足跨境电子取证高效率、取证充分的需求。以欧盟《电子证据条例》（European Production and Preservation Orders Regulation）为参考，可以看到属人主义单边跨境电子取证制度成为国际主流。有鉴于欧盟单边跨境电子取证制度中对传统主权理论的突破，我国应当率先构建以网络服务商为取证节点的属人主义刑事单边跨境电子取证制度，再考虑刑事司法协助的改良方法，这有利于提高效率，充分取证，助力涉网跨境刑事案件的侦破，掌握国际网络空间的主动性与话语权，维护我国数据主权。

关键词：跨境取证；电子数据；数据主权；保护管辖；属人主义

中图分类号：D924. 3　　**文献标识码：**A　　**DOI：**10. 19358/j. issn. 2097 - 1788. 2025. 05. 012

引用格式：孙键. 欧盟刑事跨境电子取证制度的新发展及启示［J］. 网络安全与数据治理，2025，44(5)：78 - 84.

The new developments and enlightenments of the EU′s cross-border electronic evidence collection system in criminal matters

Sun Jian

(School of Public Affairs & Law, Southwest Jiaotong University, Chengdu 610031, China)

Abstract: In the era of data, the deep integration of criminal activities with cyberspace highlights the important role of electronic data evidence in criminal case detection. The increasing number of cross-border cyber crimes also draws increasing attention from countries to the construction of cross-border electronic evidence collection systems. In the complex case environment, the criminal judicial assistance system that is currently being vigorously promoted in our country has problems such as a small scope of application and low efficiency after initiation. The unilateral cross-border electronic evidence collection system, which serves as a supplement, mainly relies on online extraction with a limited scope and lacks an effective supervision system. Neither of them can meet the needs of improving efficiency and obtaining sufficient evidence in cross-border electronic evidence collection. Taking the European Production and Preservation Orders Regulation as a reference, it can be seen that the personalism unilateral cross-border electronic evidence collection system has become the international mainstream. In view of the breakthrough of traditional sovereignty theory in the EU′s unilateral cross-border electronic evidence collection system, China should take the lead in building a personalism-based criminal unilateral cross-border electronic evidence collection system with network service providers as the evidence collection nodes. Then, we should consider the improvement methods of criminal judicial assistance. This will improve efficiency, ensure sufficient evidence collection, assist in the investigation and resolution of cross-border cybercrime cases, and enable us to take the initiative and have a say in the international cyberspace, thereby safeguarding our country′s data sovereignty.

Key words: cross-border evidence collection; electronic data; data sovereignty; protective jurisdiction; personality

0　引言

随着犯罪与网络信息技术的融合不断深化，绝大多数犯罪转变为触网犯罪，电子数据证据亦是打击涉网犯罪的主要证据类型[1]。2024 年 2 月 7 日，最高人民法院发布跨境电信网络诈骗及其关联犯罪典型案例 8 起，其中在被告人谢某浩、陈某旺诈骗、偷越国（边）境，被

告人林某掩饰、隐瞒犯罪所得案中指出：“近年来，一些不法分子为逃避国内打击、牟取非法利益，纷纷将诈骗窝点转移至境外，相当一部分人员偷越国境后盘踞在缅甸北部等地成立犯罪集团或组成犯罪团伙，对境内居民实施电信网络诈骗犯罪。”可见，我国刑事侦查机关跨境收集境外储存网络数据的需求正在不断增加。

1 我国刑事跨境电子取证现行制度的困境

1.1 单边跨境电子取证制度的局限性

2005 年公安部发布了我国首个涉及电子证据的文件《计算机犯罪现场勘验与电子证据检查规则》，其中第 3 条第 2 款规定，“远程勘验，是指通过网络对远程目标系统实施勘验，以提取、固定远程目标系统的状态和存留的电子数据。”并在第 23 条规定了远程勘验的具体实施办法，这为我国后续的跨境电子取证制度设计奠定了总基调。2014 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部发布的《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》中首次规定可以提取境外存储介质中的电子数据。但该《意见》虽然为跨境电子取证提供了合法性基础，但并未明确具体的取证方式。因此在 2016 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发《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》（以下简称“《电子数据规定》”）设立了“网络在线提取”的方法，并将远程勘验纳入了跨境电子取证制度，自此远程勘验和在线提取成为了我国跨境电子取证制度中首度明确的取证方式。

1.1.1 监督缺位加剧外交风险

由于跨境电子取证本就存在侵犯他国主权的可能，《电子数据规定》中又缺乏对执法人员具体的监督规则，因而《电子数据规定》及其所代表的跨境取证手段容易引发外事纠纷[2]。有学者也据此指出我国现行的单边跨境取证制度有悖于网络空间主权原则[3]。因此在 2019 年施行的《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》（以下简称“《公安数据规则》”）中，公安部将“网络在线提取”的范围限定在“境外公开发布的电子数据”内。但这一规定仍没有彻底解决单边取证可能存在的外交风险，且依旧没有配套的执法人员监督体系[4]。

1.1.2 取证范围无法适配取证需要

《公安数据规则》将“网络在线提取”的范围限定在“境外公开发布的电子数据”的规定也难以满足现实中案件侦破的取证需求。例如若案件涉及境外非公开的电子数据，这些数据又在案件侦破中起着较为关键的作用，执法人员该如何处理又没有明确规定。因此《公安数据规则》作为《电子数据规定》的补充，既没有通过补充监督机制达到规避或减少“在线网络提取”外交风险的目的，也没有畅通跨境电子取证渠道、助力跨境刑事案件侦破的功能。

1.2 刑事司法协助制度的不足

在单边跨境电子取证制度之外，通过刑事司法协助制度实现跨境电子取证是我国立法者及学者较为推崇的手段。与散见于各单行规定中的单边电子取证不同，我国出台了专门的《国际刑事司法协助法》。根据我国《刑事诉讼法》第 18 条的规定，所谓国际刑事司法协助，就是可以根据我国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，我国司法机关和外国司法机关可以相互请求刑事司法协助。

1.2.1 刑事司法协助制度启动后效率较低

但正如联合国网络犯罪政府间专家组第五次会议指出的那样，“中国跨国取证主要通过司法协助和警务合作等渠道，但由于各国法律制度不同、协作效率不高等原因，往往程序繁琐，用时较长。”而在实践中，电子证据极易受到破坏，许多犯罪嫌疑人成功作案后，常将原始文件记录删除，耗时较长的刑事司法协助制度显然难以适应对具有易毁损性的数据进行固定的要求[5]。

虽然已经有学者在探索优化刑事司法协助制度的路径，尝试在刑事司法协助制度中添加简易程序以加快刑事司法协助流程、提高司法协助效率[6]，但双边协商的效率也很难高于单边行动，在司法混乱、政府控制力不强的国家尤为如此。

1.2.2 刑事司法协助制度适用范围较小

效率的提升难以解决刑事司法协助制度固有的另一缺点，即适用范围狭窄。从刑事司法协助制度的概念来分析，刑事司法协助只能发生在国际条约缔约国及互惠国之间，因此若我国与他国并未签订司法互助协议，则无法根据平等互惠原则开展电子取证，刑事司法协助制度即完全没有适用的空间。

总结而言，我国现行的单边跨境电子取证制度缺乏有效的监督机制，因而无法彻底规避外交风险，也没有完全满足跨境取证的现实需求；刑事司法协助制度适用范围较小，且在启动后难以保证取证效率。二者相结合也难以满足大数据时代日益增长的跨境取证需求，对实现司法正义的帮助有限。

欧盟在 2023 年通过了首部针对刑事跨境电子取证的专门立法《欧盟关于刑事诉讼中和刑事诉讼后执行监禁判决时电子证据的欧洲出示令和欧洲保全令第 2023/1543 号条例》（European Production and Preservation Orders Regulation，EPOR，以下简称“《电子证据条例》”），完善了刑事跨境电子取证的流程与方法，对我国刑事跨境电子

取证制度的完善有借鉴意义。

2 欧盟《电子证据条例》的双基点

2.1 提供服务标准

“提供服务”标准最早在欧盟由《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation，GDPR）确立。在 GDPR 中，数据控制者是指，单独或者与他人共同确定个人数据处理的目的和方式的自然人或法人公共机构、代理机构或其他机构；如果数据处理的目的和方式由欧盟或者其成员国的法律确定，则数据控制者或者其被认定的具体标准可以由欧盟或成员国法律规定。在实践中，数据控制者多为网络服务提供者，也即“网络运营商”。在 GDPR 的语境下，一旦数据控制者控制的数据涉及某个违法或犯罪案件，则数据控制者有义务按照网络安全等级保护制度的要求采取相应措施，也即数据控制者成为了提供和保全数据的义务主体[7]。

而要判断某一数据控制者是否受 GDPR 管辖、承担为相关执法机关提供或保全数据的义务，则要考察该数据控制者是否在欧盟范围内提供了服务。只要欧盟范围内存在该数据控制者设立的机构，则无论该数据控制者的主要经营范围或案涉数据存储地是否位于欧盟范围内，一律视为其受 GDPR 管辖；若无设立机构，但其目标活动属于条例的范围，也需在欧盟范围内指派代表接受管辖，此即“提供服务标准”[8]。这一标准也是 GDPR 调取域外数据的核心机制。但此时，欧盟利用数据控制者进行的管辖扩张还仅限于个人数据领域，对于非个人信息则无法管辖，无法完全满足欧盟跨境电子取证的需要。

而在 2023 年 7 月 2 日正式生效的《电子证据条例》中，欧盟贯彻了提供服务标准。《电子证据条例》第 2 条规定，“本条例适用于在欧盟提供服务的网络服务提供商。”并在第 3 条第 4 款进一步澄清，“‘在欧盟提供服务’是指……如果网络服务提供商在成员国设立了机构，或者在没有设立机构的情况下，存在大量用户或将活动针对一个或多个成员国，则应认为存在实质性联系。”可以看出，虽然用词有所不同，但《电子证据条例》与 GDPR 在管辖范围上的规定并无本质区别。

从 GDPR 到《电子证据条例》可以看出，网络空间的犯罪治理依赖于多主体协同配合，其中网络信息业者已经成为关键主体之一[9]。欧盟提供服务标准的核心内容就是促进执法机构与服务提供商在电子取证方面的直接合作，事实上将诸多在欧盟范围内经营活动的网络服务提供者变成了欧盟扩大其法律管辖范围的法律基点[10]。在跨境电子取证领域中，则可以将每个受管辖的网络服务提供者都视为欧盟的“跨境取证节点”。这一标准是属人主义跨境取证制度集中体现，核心要旨是充分强调域内立法的域外适用[11]。其跨越了属地主义的藩篱，绕过了跨境取证领域存在的诸多合法性问题，并在事实上满足了欧盟司法实践中跨境电子取证的需要。

2.2 生成令与保全令

早在 2018 年 4 月 17 日，欧盟委员会便宣布其计划建立“欧洲数据生成令”（European Production Order）和“欧洲数据保全令”（European Preservation Order）两项重要制度，其目的在于让网络服务提供者能够为有关当局收集或保存存储于任何地方的电子证据。这一议题在五年间持续推进，并最终于 2023 年 7 月 2 日以《电子证据条例》的形式被确定为法律。根据《电子证据条例》的规定，所谓电子证据生成令，就是指由一成员国的司法当局根据条例规定，向在欧盟范围内提供服务，并在另一成员国设立分支机构，或虽未设立分支机构，但在另一成员国内存在法律代表的网络服务商发出的，要求其根据要求将特定数据生成为电子证据，并将该电子证据提交给发出命令的司法当局的具有约束力的决定；而电子证据保全令则是指由一成员国的司法当局根据条例规定，向在欧盟范围内提供服务，并在另一成员国设立分支机构，或虽未设立分支机构，但在另一成员国内存在法律代表的网络服务商发出的，要求其保全特定电子证据以供事后提交或审查的具有约束力的决定。二者合称为“生成保全令”。

并非所有数据都可以被生成保全令提取或保全。根据《电子证据条例》的规定，仅有订阅数据（包括用户在订阅时提供的名称、出生日期、邮政或地理地址、账单和支付数据、电话号码或电子邮件地址）、请求数据（指用户在访问某网站时的 IP 地址和时间戳）、通信数据（如消息或其他通信的来源和目的地、设备位置、日期、时间、持续时间、大小、路线、格式、使用的协议和其他电子通信元数据）及内容数据（指任何数字格式的数据，如文本、语音、视频、图像和声音，除了订户数据或通信数据）可以被视作适格的电子证据。且针对以上“适格数据”发出生成保全令的主体也受到了严格限制，只有成员国的法官、法院和侦察法官可以针对全部四类数据发出生成保全令，检察官仅能对订阅数据和请求数据这两种“侵扰性较低”的数据发出生成保全令。

《电子证据条例》还在坚持国际刑法双重犯罪原则的基础上革新了“最低犯罪标准”。根据《电子证据条例》的规定，对除请求数据以外的数据发出生成保全令的前提有三：一是要求必须是刑事犯罪的涉案数据；二是该犯罪行为足以在本国内被判处四个月以上的自由刑，但嫌疑人为逃避审判脱逃出境；三是该犯罪行为足以在本

国被判处三年以上的自由刑或其他条例规定的严重犯罪。此外，完全或部分通过信息系统犯下的刑事犯罪作为一种例外，可以在不考虑犯罪严重程度的情况下发出生成保全令。

值得注意的是，我国《刑法》第8条规定，“外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的，可以适用本法，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。”而就欧盟生成保全令的发出条件进行分析，其跨境取证同样是针对危害欧盟或欧盟境内人、事、物的较严重的刑事犯罪，与我国《刑法》保护管辖的立法精神不谋而合。且《电子证据条例》中的取证流程主要针对刑事侦查，而根据最高人民检察院《关于推进行政执法与刑事司法衔接工作的规定》，我国又正在推进侦查与司法的行刑衔接。在此背景下，生成保全令式的制度可以作为我国行政侦查的一部分，与《刑法》中保护管辖的理念较好地衔接起来，作为保护管辖的一种手段存在。

3 参考欧盟完善刑事跨境电子取证制度的可行性

3.1 数据控制者标准单边跨境电子取证制度的优越性

目前单边跨境电子取证正在成为国际跨境电子取证制度设计中的主要手段。2018年3月，出于对2013年“微软案”的考量，美国迅速出台了《澄清境外数据合法使用法》（Clarify Lawful Overseas Use of Data Act，即“CLOUD法案”），明确规定美国执法者有权获取存在于美国或美国境外的任何通信、记录或其他信息，确立了“数据控制者标准”取证模式，开创了单边跨境电子取证合法化的先河。欧盟则以GDPR迅速做出回应，同样确立了“数据控制者标准”。而所谓“数据控制者标准”，即以“数据的实际控制者”为属人连结点来确定跨境数据管辖权的模式，该模式将跨境数据取证由以“数据本地化”为表现形式的属地原则转向以“数据控制者”为核心管辖要素的属人原则[12]。其后，欧盟又在2023年通过了《电子证据条例》，在延续“数据控制者标准”的基础上，进一步明确了刑事跨境电子取证的流程与方法。自此作为全球数据立法先行者的欧美均确立了数据控制者标准，这意味着国际跨境电子取证制度正在走向单边取证时代。

相较于数据控制者标准而言，我国一以贯之的数据存储地模式存在着诸多缺点。首先，互联网上有相当一部分数据无法精确确定存储位置，例如具备“去中心化”的区块链技术。我国2021年8月实行的《人民法院在线诉讼规则》肯定了区块链证据的合法性，国外也多有肯定区块链证据效力的立法，如Act Relating to Recognizing the Validity of Distributed Ledger Technology，Substitute Senate Bill 5638，2019和Blockchain Technology Act of Illinois，H. B. 3575 2020等。但问题在于，区块链没有中央机构或中介机构参与，而是存在于多个分散的节点中，每个节点的账本有自身设定标准和记账流程，取代了传统的信息集中式存储[13]。并且根据2020年美国《检察长网络数字工作组报告》（Report of the Attorney General′s Cyber Digital Taskforce：Cryptocurrency Enforcement Framework），区块链的数字基础设施常常超越领土边界，横跨数个大洲。因此在没有中央节点的情况下，如何判断区块链数据的存储地成了现实难题。

其次，坚持数据存储地模式意味着放弃对域外数据的管辖权，在获取相关数据时仍需主要通过刑事司法协助制度进行。而与完善单边跨境电子取证制度相比，刑事司法协助制度无法满足维护我国网络空间主权的需要。网络空间主权属于一种领土主权[2]。按照领土主权的一般理解，网络空间主权即对网络空间内的人、事、物行使的最高的和排他的权力[14]。但按照司法协助的逻辑，通过寻求他国协助来获取电子数据的行为实际上是放弃了对网络空间主权的追求，进而架空了网络空间主权原则[2]。从这个意义上讲，完善单边跨境电子取证制度更符合我国关于网络空间主权的主张。

3.2 中美欧刑事跨境电子取证制度冲突的解决可能性

当下，美国和欧盟不约而同地放弃了刑事司法协助，转而采取了“扩张式”的执法跨境调取数据模式，只采取防御性的立法手段，既与我国加大改革开放力度、放宽境外主体市场准入限制的政策相违背，也无法获取网络空间领域博弈的主动权[15]。例如在Cadence Design Systems，Inc. v. Syntronic AB案（Cadence Design Systems，Inc. v. Syntronic AB et al，No. 3：2021cv03610-Document 52［N. D. Cal. 2021］）中，美国法院认为我国《个人信息保护法》的兜底条款“法律规定的其他情形”包括美国法律的规定，进而没有采纳我国企业援引《个人信息保护法》所做的相关主张，防御性立法的作用在此时也就被大大削弱了[16]。由于《电子证据条例》在适用范围上的规定与美国《云法案》并无本质区别，因此中美曾经面临的问题也极有可能出现在未来的中欧互动中[17]。

但反过来讲，没有区别便意味着可以一同解决。若建立属人主义的刑事跨境电子取证规则，有更为广阔的管辖范围作保障，侦查机关可以更便捷地获取境外数据，就可以在一定程度上减少阻断数据外流的措施，不必担心因数据存储地的转移而失去对数据的控制。

其次，属人主义的刑事跨境电子取证规则与欧美现行跨境取证规则相似，也可以减少国内外的立法区别，

在一定程度上为我国企业出海提供便利。我国企业对外投资面临的法律风险主要来自本国与东道国法律规章的差异性[18]。因此，相似的规则可以降低法律差异性，提升企业对外投资的可预见性；“同赏同罚”也能减少我国涉外企业不得不在外国的制裁措施与我国的反制裁措施之间作出抉择的两难局面[19]。

总之，数据控制者标准的刑事跨境电子取证制度相较于我国制度有着一定的优越性。优先完善其中的单边跨境电子取证手段，既可以畅通取证渠道，又能够在面对美欧的跨境调取证据手段时强化对本土证据的控制，或利用相同手段对其行动进行反制；还能够在发生冲突前增强相关主体规避风险的可能，减少甚至避免制度间的冲突与摩擦。

4　我国可采取的刑事跨境电子取证完善路径

分析欧美在刑事跨境电子取证制度上的探索可以发现，二者目前对刑事跨境电子取证的完善主要集中于单边跨境电子取证规则，而对刑事司法协助制度则没有过多提及。这主要是由于不同国家执法机构联系较少[10]、刑事司法协助的规定散见于各自的执法部门和司法机构的个案处理之中，其程序复杂、效率较低的问题难以靠单个国家解决[11]。因此从发展结构上来讲，结合我国现行刑事跨境电子取证制度的困境，当下可以参考欧盟成熟经验，优先完善我国更易实现的单边刑事跨境电子取证制度，缓解跨境电子取证的现实痛点，再探索刑事司法协助制度的改良方式。

4.1　构建属人主义的单边跨境电子取证规则

欧盟将成员国的“网络服务提供者”视为“取证中介”，本质上是放弃“属地主义”走向“属人主义”，通过“网络服务提供者”这一特殊的“诉讼参与人”扩大了电子证据取证规则的管辖范围[20]。相较而言，属人主义的覆盖范围更广，且能够弥补部分数据存储地难以确定的问题，欧美的集体转向一定程度上代表着这一领域未来的立法取向。

从法制衔接的角度考察，我国《刑法》规定的保护管辖中本就存在属人管辖的要素，因此在构建针对严重犯罪的跨境电子取证规则时，不妨采取一种扩张性的解释，在保护管辖的框架下构建属人主义的取证标准。另外，我国跨境网络犯罪刑事管辖中长期存在着对我国保护管辖原则适用条件限制的僵化理解，就当前司法实践而言，我国司法机关依据传统保护管辖原则对有组织的大型跨境网络犯罪行使刑事管辖权十分困难[21]。但若在保护管辖的框架下构建属人主义单边跨境电子取证机制，不但跨境取证的合法性可以得到解决，保护管辖也将被激活，更有利于我国跨境治理网络犯罪。

最后，从国际话语权的角度出发，构建更为主动的属人主义的单边跨境电子取证规则有助于我国参与国际统一跨境电子取证规则的制订。目前，美英欧均选择了构建属人主义的单边跨境电子取证规则，英美已达成跨境电子数据取证的合意，欧美谈判则正在进行。一旦欧美英之间达成更广泛的协议，不仅我国被排除在规则制定之外，诉求不会被吸纳，还会对我国造成更为巨大的政治压力[15]。因此与其坚持被动防守的态势，不如趁此机会，主动构建具有中国特色的属人主义单边跨境电子取证规则，摆脱作为被动合规者的路径依赖，在国际统一单边跨境电子取证规则制订的路径上给出中国方案[22]。

4.2　严格限制单边跨境电子取证的适用条件

事实上，不仅欧盟的电子数据取证规则中存在着“严重犯罪”这一前提条件，美英也同样在《美英为打击严重犯罪而获取电子数据协定》中将三年自由刑以上刑期的犯罪纳入了单边电子取证措施的实施标准。从各文件的前言来看，这一规定均是出于维护国家安全和利益的考量而制订的。我国《刑法》的保护管辖规定同样是从维护国家安全和利益的角度出发制订的，在立法理念的衔接上并无错位。

因而在我国单边跨境电子取证制度的构建中，可以引入保护管辖的标准，同样将可以判处三年自由刑以上的犯罪行为标准及双重犯罪原则纳入单边跨境取证的启动标准中。这一则可以实现制度间的衔接，增强法律的稳定性和可预期性，维系法律制度本身的相对确定性，实现法治社会的内在需求[23]；二则可以将刑法的谦抑性引入单边跨境电子取证规则中，在罪刑法定原则的约束之下，基于法秩序统一性的立场确定妥当的处罚范围[24]；三则可以利用这一美欧均承认的“普遍规则”达成一种“默认的合意”，在最大化维护我国国家利益和安全的同时将外交风险降至最低[25]。

此外，严格限制有权发布单边跨境电子取证命令的主体也能在一定程度上降低跨境电子取证的合法性风险。在欧盟《电子证据条例》的体系中，仅有法院、法官和侦察法官有电子数据生成保全令的完整发布权，检察官则仅有针对“低侵扰性数据”的发布权，一般警察则无权发布。从我国的角度考察，成为员额制法官需要经历公务员考试和员额制考核的双重门槛，其准入标准远高于一般的执法人员，自然也具备更强的专业能力，所以员额制法官多为法治领域的精英人员[26]。因此将单边跨境电子取证的决定权从执法机关移至法院，既能保证跨境取证决定的审慎下达，又可以将法院引入对跨境取证具体实施者的监督之中，填补目前我国单边跨境电子取

证领域监督机关的缺失。在行刑衔接的背景下，考虑到法院的事务繁忙，也可以赋予检察院一定的决定权和充分的监督权，以发挥我国检察院指导侦查的功能，促进检察机关对行政行为的直接监督[27]。

4.3 发挥网络服务提供者的节点作用

观察欧盟出台的有关跨境数据的文件不难得出一个结论，网络服务提供者在欧盟的跨境数据监管与获取布局中发挥着重要作用。作为《电子证据条例》中执法部门进行跨境数据取证的节点，网络服务提供者是欧盟跨境数据治理体制不可或缺的组成部分。因而在构建中国的跨境电子取证规则时，也需要重视网络服务提供者的作用。

实际上，将网络服务提供者纳入跨境电子取证的制度轨道中已非新事。在欧盟 2004 年生效的《布达佩斯网络犯罪公约》中就已经规定，缔约国获得有合法权利通过该计算机系统向该缔约国披露数据的人的合法且自愿的同意后，可以通过其境内的计算机系统提取或接收存储在另一缔约国的计算机数据。虽然《布达佩斯网络犯罪公约》没有对“合法且自愿的同意”“法定权限”等内容进行较为精确的界定，也没有避免取证方利用威胁、欺骗等手段获取同意的机制[28]，但根据欧盟委员会 2018 年的跨境取证工作报告，这种“公私合作”的方式依然成为了欧盟范围内多数成员国的执法部门跨境取证的主要手段。

就我国的单边跨境电子取证制度构建而言，一方面可以以网络服务提供者作为我国跨境电子取证规则属人主义的建立基点。我国既是外资吸引大国，也是对外投资大国。根据商务部新闻办公室发布的消息，在 2024 年的 1～10 月，全国吸收外资 6 932.1 亿元人民币，全国新设立外商投资企业 46 893 家，同比增长 11.8%；又根据商务部合作司的统计，2024 年我国全行业对外直接投资 9 658.9亿元人民币，我国境内投资者共对全球 151 个国家和地区的 7 960 家境外企业进行了非金融类直接投资。如此巨大的跨境投资规模必然带来为数众多的网络服务提供者，数量众多的节点几乎可以满足我国在全国大部分地区的跨境取证需求。

另一方面，要建立网络服务提供者发挥作用的配套制度。目前，由于单边跨境电子取证的目标国家并不唯一，各个国家在法制传统、风俗习惯上均不相同。因此可以先出台指导性的规则，以确立网络服务提供者在单边跨境电子取证过程中的作用和地位为主[29]。这一规则的主要目的是确认通过网络服务提供者进行跨境电子取证的合法性，并尝试在实践中发挥网络服务提供者的取证节点功能，总结经验以便于细化规则的制定。当然，在赋予跨境电子取证中网络服务提供者取证节点功能的同时，也要给予缔约国一定的程序选择权，以最大程度地尊重缔约国的国家主权[30]。

5 结论

面对和网络紧密联系的跨境刑事犯罪，各国均存在着日益旺盛的刑事跨境电子取证需求。在美国颁布《澄清境外数据合法使用法》后，欧盟出台了《电子证据条例》，二者均完成了由“属地主义”到“属人主义”的跨境电子取证理念转变。在此背景下，我国现行的刑事跨境电子取证体系效率低、覆盖面小，且由于坚持数据存储地主义而较为被动，难以满足我国跨境刑事侦破高效率、证据充分的需要，也难以在日益激烈的网络空间主权之争中获得较为主动的地位。鉴于欧盟《电子证据条例》与我国《刑法》存在可以衔接的内容，在构建跨境电子取证制度时，可参考欧盟经验，率先构建以网络服务商为取证节点的属人主义刑事单边跨境电子取证制度，再考虑刑事司法协助的改良方法。在这一过程中，既要注意单边跨境电子取证的边界，严格限制适用条件，降低单方面跨境取证时发生外交冲突的可能性；又要给予愿意合作的缔约国充分的选择权，以求在构建刑事跨境电子取证体系时最大程度地尊重被取证方的国家主权。

参考文献

[1] 裴炜. 论网络犯罪跨境数据取证中的执法管辖权 [J]. 比较法研究，2021，35（6）：30－45.
[2] 陈丽. 跨境电子取证的中国应对 [J]. 国家检察官学院学报，2022，30（5）：24－40.
[3] 叶媛博. 我国跨境电子取证制度的现实考察与完善路径 [J]. 河北法学，2019，37（11）：106－119.
[4] 梁坤. 跨境远程电子取证制度之重塑 [J]. 环球法律评论，2019，41（2）：132－146.
[5] GOLDSMITH J L. The Internet and the legitimacy of remote cross-border searches [J]. University of Chicago Legal Forum，2001：103－118.
[6] 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，2020，41（3）：82－92.
[7] 郑令晗. GDPR 中数据控制者的立法解读和经验探讨 [J]. 图书馆论坛，2019，39（3）：147－153.
[8] 刘畅，贺滢睿，付伟恒. 欧盟《通用数据保护条例》域外执行机制研究 [J]. 信息网络安全，2021（S1）：117－120.
[9] 裴炜. 向网络信息业者取证：跨境数据侦查新模式的源起、障碍与建构 [J]. 河北法学，2021，39（4）：56－81.
[10] 冯俊伟. 跨境电子取证制度的发展与反思 [J]. 法学杂志，2019，40（6）：25－36.
[11] 王丹，陈爱武. 跨境数据取证治理的功能失衡与模式重

构［J］. 图书与情报，2022（6）：43－49.
［12］陈爱飞. “数据控制者标准”取证模式及中国因应［J］. 法商研究，2024，41（3）：60－74.
［13］陈伟光，袁静. 区块链技术融入全球经济治理：范式革新与监管挑战［J］. 天津社会科学，2020（6）：91－99.
［14］徐乃斌. 国际法学［M］. 北京：中国政法大学出版社，2013.
［15］洪延青. “法律战”旋涡中的执法跨境调取数据：以美国、欧盟和中国为例［J］. 环球法律评论，2021，43（1）：38－51.
［16］ZHANG Q. The conflict between China′s restrictions on cross-border data transfer and US discovery of evidence［J］. International Data Privacy Law，2024，14：177.
［17］王志刚，张雪. 跨境电子数据取证的困境与出路［J］. 重庆邮电大学学报（社会科学版），2021，33（5）：45－54.
［18］李加林，张元钊. 新形势下中国企业对外投资风险与管控措施［J］. 亚太经济，2019（4）：88－94.
［19］覃俊豪. 国内法域外适用：研究路径、美国实践与中国应对［J］. 学术论坛，2024，47（2）：134－148.
［20］刘品新. 跨境电子取证的欧盟方案及启示［J］. 国家检察官学院学报，2022，30（5）：3－23.
［21］楼伯坤，李想. 跨境网络犯罪刑事管辖权：困境、成因与破解［J］. 法治研究，2024（6）：43－56.
［22］何志鹏. 国内法治与涉外法治的统筹与互动［J］. 行政法学研究，2022（5）：3－17.
［23］赵海怡，钱锦宇. 稳定性预期的制度维护——论《立法法》与《监督法》的制度价值与不足［J］. 理论导刊，2010（3）：93－95.
［24］周光权. 刑法谦抑性的实践展开［J］. 东方法学，2024（5）：131－144.
［25］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（社会科学版），2020，36（4）：48－58.
［26］陈瑞华. 法官员额制改革的理论反思［J］. 法学家，2018（3）：1－14，191.
［27］姚魏. 论行政检察监督职权的扩展及其路径——以最高人民检察院第169号指导性案例为视角［J］. 行政法学研究，2024（3）：42－56.
［28］胡健生，黄志雄. 打击网络犯罪国际法机制的困境与前景——以欧洲委员会《网络犯罪公约》为视角［J］. 国际法研究，2016（6）：21－34.
［29］黄志雄，王新宇. 《联合国打击网络犯罪公约》谈判分歧及展望［J］. 中国信息安全，2023（3）：50－53.
［30］梁坤. 网络犯罪国际公约中的跨境调取数据条款［J］. 当代法学，2024，38（2）：123－135.

（收稿日期：2024－12－11）

作者简介：

孙键（1999－），男，硕士研究生，主要研究方向：国际法。

（上接第77页）

［13］褚婧一. “用户－平台”关系中告知同意规则修正的路径选择［J］. 苏州大学学报（法学版），2023，10（2）：61－74.
［14］陈易，何丽新. 个人信息处理中同意规则的功能主义阐释［J］. 法律适用，2024（3）：141－157.
［15］王苑. 目的限制原则的反思及其解释论构造——以《个人信息保护法》第6条第1款为中心［J］. 华东政法大学学报，2024，27（4）：44－53.
［16］马新彦，黄舜. 论知情同意在个人信息保护规范中的属性［J］. 吉林大学社会科学学报，2024，64（5）：85－98，237.
［17］常宇豪. 论信息主体的知情同意及其实现［J］. 财经法学，2022（3）：80－95.
［18］范为. 大数据时代个人信息保护的路径重构［J］. 环球法律评论，2016，38（5）：92－115.
［19］田野. 大数据时代知情同意原则的困境与出路——以生物资料库的个人信息保护为例［J］. 法制与社会发展，2018，24（6）：111－136.
［20］廖丽环. 个人信息处理中同意规则弱化适用的路径优化——基于情境脉络完整性理论的场景细分［J］. 法制与社会发展，2022，28（6）：156－180.
［21］宁园. 个人信息保护中知情同意规则的坚守与修正［J］. 江西财经大学学报，2020（2）：115－127.
［22］刘召成. 人格权法上同意撤回权的规范表达［J］. 法学，2022（3）：82－96.
［23］王洪亮，李依怡. 个人信息处理中“同意规则”的法教义学构造［J］. 江苏社会科学，2022（3）：102－112，243.
［24］冉克平，刘冰洋. 人力资源管理中个人信息保护的困境与出路［J］. 华中科技大学学报（社会科学版），2023，37（4）：61－73.

（收稿日期：2025－01－18）

作者简介：

刘甜甜（2003－），女，本科在读，主要研究方向：民商法。

汤敏（1991－），男，博士，副教授，主要研究方向：民商法。

版权声明

凡《网络安全与数据治理》录用的文章，如作者没有关于汇编权、翻译权、印刷权及电子版的复制权、信息网络传播权与发行权等版权的特殊声明，即视作该文章署名作者同意将该文章的汇编权、翻译权、印刷权及电子版的复制权、信息网络传播权与发行权授予本刊，本刊有权授权本刊合作数据库、合作媒体等合作伙伴使用。同时，本刊支付的稿酬已包含上述使用的费用，特此声明。

《网络安全与数据治理》编辑部