

# 电子数据跨境取证的法律冲突及中国应对

林婧

(福州大学 法学院,福建 福州 350116)

**摘要:**随着科技发展及国际局势不确定性的增加,国家间关系进入新的磨合期,国际法律秩序也处于震荡之中。从1970年《海牙取证公约》到2024年《联合国打击网络犯罪公约》,电子数据跨境取证的法律冲突悬而未决。一方面,司法协助仍被视作电子数据域外取证的主要方式;另一方面,数据密集型企业成为电子数据单边取证的主要对象,而“限制条款”成为抵制他国“长臂取证”的常见手段。冲突的深层次原因在于全球治理区域化与少边化的影响,且有关国际条约不必然具有相对于国内法的优先适用性。鉴于电子数据跨境取证相关国际条约制定的不易,为协调电子数据跨境取证法律冲突,更有效地达成解决国际民商事争议、打击跨国犯罪的最终目的,中国有必要加强国内法与国际法的兼容,积极运用法律互惠标准,提升国际司法协助机制的效能。

**关键词:**电子数据;域外取证;司法协助;数据主权;法律互惠

**中图分类号:**D997.9 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2025)04-0069-09

关于民事案件域外取证的司法协助,较早便诞生了专门的全球性公约,即1970年《关于从国外调取民事或商事证据的公约》(Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters,简称《海牙取证公约》)。而刑事案件跨境取证长期以来多依据刑事司法协助双边协定或区域性条约进行。但21世纪以来,互联网时代的新形势逐渐打破了此前通过国际条约所达成的广泛共识,电子数据的跨境单边取证活动不时挑战传统的司法协助法律框架,涉及跨境取证的国际公约、双边司法协助协定的滞后性愈发显现。直到近年,有关领域才出现了新的立法进展,全球性、综合性的打击网络犯罪国际条约及一些电子数据跨境取证的专项双边协定获得通过。2024年12月24日,第79届联合国大会通过了《联合国打击网络犯罪公约》(United Nations Convention Against Cybercrime),网络犯罪相关电子数据的取证问题是该公约的关注焦点之一,其仍将司法协助规定为电子数据域外取证的主要方式,但并未关涉电子数据跨境取证的具体问题。于中国而言,美国单边取证的司法专横对中国的数据主权与数据利益造成威胁,激化了电子数据跨境取证的法律冲突。这不仅令中国企业遭受内外压力,也令中国公权力机关倍感棘手。现有研究多是从电子数据跨境取证的具体操作层面进行规范分析与机制分析,笔者拟从历史发展的脉络入手思考有关问题。

## 一、电子数据跨境取证法律冲突的显现

虽然司法协助仍被视作电子数据域外取证的主要方式,但互联网时代数据的集中化便利了以国内法推行单边取证,也导致了以区域法或本国国内法中的“限制条款”抵制他国国内法的连锁反应。以单边反制单边,电子数据跨境取证法律冲突有被激化的危险。

### (一) 司法协助仍被视作电子数据域外取证的主要方式

涉及域外取证的公约最早可以追溯到海牙国际私法会议制定的1896年《民事诉讼程序公约》(Convention on Civil Procedure)及其1897年附加议定书。1905年缔结的同名新公约,代替了1896年公约。1954年缔结的新公约,又取代了1905年公约。这些公约都对域外取证作了规定,只是早期的规定较为简单,直到1970年《海牙取证公约》才形成了通过司法协助进行民事案件域外取证的全球性共识。

**基金项目:**2019年度国家社科基金一般项目“反腐败跨境追赃的刑民协作机制研究”(19BFX098)

**作者简介:**林婧,女,法学博士,福州大学法学院副教授,中国政法大学博士后流动站研究人员。

刑事案件跨境取证的情况较为类似。从1959年《欧洲刑事司法协助公约》(European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters)、2001年《布达佩斯网络犯罪公约》(Cyber-Crime Convention)及其附加议定书、2001年《独立国家联合体打击计算机信息犯罪合作协定》(The Commonwealth of Independent States Agreement on Cooperation in Combating Offences Related to Computer Information)、2010年《阿拉伯国家联盟打击信息技术犯罪公约》(Arab Convention on Combating Information Technology Offences)等区域性条约,到2024年《联合国打击网络犯罪公约》,互联网时代的域外取证仍然主要依据有关司法协助的多边条约或双边协定,通过一国中央机关或司法机关进行。《联合国打击网络犯罪公约》的诸多条款涉及缔约国主权的维护及司法协助。第5条“保护主权”规定该公约的任何规定概不赋予缔约国在他国境内行使管辖权和履行该另一国国内法律所规定的专属于该国主管机关职能的任何权利。第36条“保护个人数据”规定缔约国在根据该公约转移个人数据时,应当遵守本国法律及适用的国际法所规定的任何转移义务;缔约国依照其本国法律不能提供个人数据的,不应要求该缔约国按照该公约转移个人数据;但鼓励缔约国订立双边或多边安排,以期便利个人数据的转移;若要将根据该公约获得的个人数据转移到第三国或某一国际组织,缔约国应获得原转移缔约国的授权。根据《联合国打击网络犯罪公约》第40条、第42条至第46条之规定,跨境快速保全电子数据、快速披露所保全的流量数据、访问存储的电子数据、实时收集流量数据、拦截内容数据,仍要以司法协助的方式进行。第47条“执法合作”倡议加强并于必要时建立主管机关、机构和部门之间的通信渠道,考虑订立执法机构间直接合作的双边或多边协定或安排,并利用国际组织或区域组织,以加强合作。

无论在民事领域还是刑事领域,全球性公约之所以仍将司法协助规定为电子数据域外取证的主要方式,根本原因在于国家主权是国际法建基的前提,是国际法不应随意逾越的屏障。这在涉及电子数据跨境取证的全球性公约中有明确体现。即使部分国家允许直接调取域外的电子数据,也往往存在限制条件。例如,中国2019年发布的《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》规定,网络在线提取域外电子数据限于公开发表的电子数据(第23条)。又如,2019年《英国犯罪(境外调取令)法》[Crime (Overseas Production Orders) Act 2019]允许法官发出境外数据调取令,但仅适用于与英国签订了相关国际协定的国家或地区,并且对电子数据的类型、取证目的等皆有限制。电子数据跨境取证相关的双边协定有两种,一种是电子数据跨境取证的专项协定,另一种是可适用于电子数据跨境取证的司法协助综合协定。专项协定如英国与美国于2019年签署的《为打击严重犯罪而获取电子数据的协定》(Agreement Between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the United States of America on Access to Electronic Data for the Purpose of Countering Serious Crime),这是全球第一份专门针对数据跨境取证的国际协定;还有美国与澳大利亚2021年签署的《为打击严重犯罪而获取电子数据的协定》(Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of Australia on Access to Electronic Data for the Purpose of Countering Serious Crime)。前述双边协定规定了缔约国可以直接向数据服务提供者调取域外电子数据的情形,但这是基于缔约国的事前合意,故并不属于单边取证。可适用于电子数据跨境取证的司法协助综合协定如中国与86个国家签署的双边司法协助条约。<sup>①</sup>其中,2023年11月22日签署的《中华人民共和国和乌拉圭东岸共和国关于刑事司法协助的条约》就适用于获取并提供电子数据的刑事司法协助。

## (二) 数据密集型企业成为单边取证的主要对象

虽然司法协助依然是电子数据域外取证的主要方式,但这无法掩盖其面临的结构性难题:它基于一个基本预设,即执法机构始终清楚其所需证据所处的具体位置,但云计算使得数据的物理位置及其规范意义变得无关紧要。<sup>②</sup>这一结构性难题可能在互联网技术快速迭代的进程中,削弱国家对司法协助方式的奉行意愿。随着大数据技术的发展,数据开始呈现高度集中的趋势,各国立法纷纷将数据处理者主要是数据密集型企业作为重点规制对象,对其施加数据安全保护义务。执法机构对电信公司及谷歌、脸书、微软等互联网巨头的数据请求量极大。与此同时,由于不同企业的标准不同(例如内容数据与非内容数据的划分),会导致

<sup>①</sup> 参见韩颀、何春中:《我国已与86个国家签署双边司法协助条约》,载《中国青年报》2023年11月24日,第6版。

<sup>②</sup> Halefom H. Abraha, *Law Enforcement Access to Electronic Evidence Across Borders: Mapping Policy Approaches and Emerging Reform Initiatives*, *International Journal of Law and Information Technology*, Vol.29: 118, p.138-139(2021).

应对执法机构披露数据要求时的差异。<sup>①</sup> 2018年“微软案”是极具代表性的案例,<sup>②</sup>纽约南区法院要求微软公司披露某个涉嫌犯罪的用户的邮箱信息。虽然该信息由微软公司控制,但存储在微软公司位于爱尔兰的数据中心而非美国境内。由于牵涉第三国,案件的执法管辖权引发了巨大争议。拥有大型、跨国数据服务商的国家在推行单边取证方面更具优势,对这种优势的滥用使得本就不具有绝对适用性的国际司法协助机制遭到削弱。

《海牙取证公约》规定在民事或商事案件中,每一缔约国应指定一个中央机关负责接收来自另一缔约国司法机关的取证请求书,并将其转交给执行请求的主管机关(第1条、第2条);同时允许缔约国根据其国内法律或惯例,以该公约规定以外的方式取证(第27条)。换言之,《海牙取证公约》为缔约国以国内法排除国际条约适用留有空间。因此,电子数据域外取证问题上单边主义倾向所引发的国与国之间的矛盾,并没有在国际条约层面得到有效协调,很多时候只能诉诸各国对国际法之国际礼让原则的自觉遵守。

在数据跨境流动日趋频繁的背景下,为在获取数据利益的同时防范可能产生的国家安全风险,各国对电子数据入境与出境分别设置了不同要求。相较而言,电子数据入境的要求略为宽松,而电子数据出境的要求则较为严格,由此形成了“宽进严出”的电子数据跨境传输“区分立法”。压力最终转移至数据处理者,其必须满足公权力机关在不同情境下的不同要求。最为典型的是2018年《美国境外数据合法使用法》(Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act),其授权美国执法机构直接向海外通信服务提供者取证;但反过来,只有“适格”的外国政府才能获取其国民或居民储存在美国境内的有线或电子通信内容。是否“适格”由《美国境外数据合法使用法》界定,界定标准之一为该外国是否为《布达佩斯网络犯罪公约》的缔约方。简言之,是否允许他国对美国境内数据进行取证要依据美国法决定,而美国想要获取他国境内数据则不需要满足特别条件,只要数据由美国的通信服务商所控制即可调取。司法实践中,第3版《美国对外关系法重述》[Restatement (Third) of Foreign Relations Law]及美国法院还发展出了五要素分析法、七要素分析法、抑或是融合使用合法权利与实际能力两种标准的司法技术,<sup>③</sup>将其单边域外取证的指令合法化、合理化,以多边方法隐藏其单边内核。

### (三)“限制条款”成为抵制他国“长臂取证”的常见手段

绕开国际条约进行的电子数据“长臂取证”属于单边取证,其依据是一国国内法而非有关国家的合意,极易引发国家间的司法主权冲突。国际法并未对“长臂取证”进行规制,因此,不少国家只得在区域法或本国国内法中设置“限制条款”来抵制他国“长臂取证”。

2016年欧盟《一般数据保护条例》(General Data Protection Regulation,简称GDPR)第48条规定,法院判决、仲裁裁决或第三国行政机构要求数据控制者或处理者转移或披露个人数据的前提条件是,请求国与欧盟或其成员国订有法律互助协议等国际条约。结合欧洲数据保护委员会2024年发布的《GDPR第48条有关向第三国公共部门传输数据的指南》(Guidelines 02/2024 on Article 48 GDPR),数据控制者或处理者(在欧盟境内设立机构或者为欧盟境内数据主体提供商品、服务或进行监控的)向第三国披露个人数据,必须具备GDPR第6条规定的法律依据及GDPR第五章规定的转移理由。欧盟以此阻断不符合GDPR要求的第三国法律的域外适用。

为维护本国国家安全与数据利益,中国也逐步完善了相关的国内法体系,昭示数据处理者违反中国法规规定的取证途径、方式向域外提供相关证据的行为将招致处罚。《中华人民共和国网络安全法》(2025年修正)规定,关键信息基础设施的运营者在中国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据,确需向境外提供的,按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估,除非法律、行政法规另有规定(第39条);违者依照有关法律、行政法规的规定处理、处罚(第71条)。《中华人民共和国证券法》(2019年修订)规定境外证券监督管理机构不得在中国境内直接进行调查取证等活动;未经国务院证券监督管理机构和国务院有关主管部门同意,任何单位和个人不得擅自向境外提供与证券业务活动有关的文件和资料

<sup>①</sup> Jukka Ruohonen, *Recent Trends in Cross-Border Data Access by Law Enforcement Agencies*, Cornell University (21 September 2023), <https://arxiv.org/pdf/2302.09942>.

<sup>②</sup> *United States v. Microsoft Corporation*, No.17-2, 584 U.S.(2018).

<sup>③</sup> 参见王雪:《数据控制者取证模式的实践抵牾、理论反思及应对策略》,载《环球法律评论》2025年第3期,第204-205页。

(第177条)。2021年发布的《中华人民共和国数据安全法》(简称《数据安全法》)规定,主管机关处理外国司法或者执法机构关于提供数据的请求必须根据国际条约或互惠原则进行,境内的组织、个人向外国司法或者执法机构提供存储于中国境内的数据必须经过主管机关批准(第36条);违者课以罚款,并可以暂停相关业务、停业整顿、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照(第48条)。国家监察委员会、最高人民法院、最高人民检察院、外交部、公安部、国家安全部、司法部2024年发布的《关于实施〈中华人民共和国国际刑事司法协助法〉若干问题的规定(试行)》规定,建立由刑事司法协助对外联系机关和主管机关等组成的刑事证据出境审查工作机制,工作机制办公室设在国务院司法行政部门(第12条);中国境内的机构、组织和个人为维护自身权益等目的,需要主动向外国提供证据的,应当遵守保守国家秘密、数据安全、个人信息保护等有关法律规定,并向工作机制办公室提交书面申请(第14条)。金融监管总局2024年发布的《银行保险机构数据安全管理办法》规定,银行保险机构向境外提供在中国境内运营中收集和产生的重要数据和个人信息,应当承担数据安全主体责任,按照国家有关政策要求进行安全评估,并向个人告知及取得其同意(第36条、第59条、第60条);违者可对其采取风险提示、监管谈话、监管通报、责令改正等监管措施(第76条)。中国立法针对的是储存在中国境内的电子数据的提取问题,并未涉及中国数据处理者存储在境外服务器上的电子数据。不过有学者通过实证分析指出,中国数据合规律不足以致阻却美国法中的证据开示义务。<sup>①</sup>“限制条款”的实际效果还需要再评估。

## 二、电子数据跨境取证法律冲突的根源

由于电子数据跨境取证涉及国家主权维护及国家利益博弈,各国国内法可能存在不同甚至相互抵触的规定,法律冲突难以完全避免。但如果各国通过司法协助的路径处理有关事项,则法律冲突有望消解。然而,受到全球治理区域化与少边化趋势的影响,电子数据跨境单边取证的现象频发,法律冲突显露被激化的态势。旨在协调有关法律冲突的国际条约又因为多重因素无法作出太过强制或太过细致的规定。

### (一) 全球治理区域化与少边化的影响

2018年以来,电子数据跨境单边取证现象频发,电子数据跨境取证法律冲突扩大,其背后是全球治理区域化与少边化趋势影响下国际法律秩序的演变。大环境的变化导致有的国家在面对具体的法律冲突时,可能更倾向于选择单边的行动方式。在国际关系领域,有中国学者通过评估1800年以来重大的国际秩序变迁案例,预判现有国际秩序的变迁仍是量变而非质变,但同一个地区内的国家会越来越重视区域内合作和一体化,因此,地区秩序的构建是构建未来国际秩序的关键部分,不同地区间的合作和协调将会越来越重要。<sup>②</sup>国际法律秩序的发展呈现出以下新趋势:国际法的虚无主义重新抬头,国际立法的碎片化现象更加明显,国际(准)司法机构的扩权形象日益凸显,国际法规则制定权向区域性国际组织下沉。<sup>③</sup>全球治理区域化为国家合作的对象与方式提供了选择,但也增加了制度复杂性与分散化程度。区域主义倾向的法律秩序建构是否属于“真正的”多边主义,取决于其是否具有长期目标(超越短期自身利益的合作意愿),是否着眼于公共产品的供给。

除了多边主义与区域主义,少边主义也是国际法律制度建设的一种选择。其不具备广泛性与开放性,吸纳更多成员不是其初衷,也不太考虑国际制度框架、全球安全环境的整体营建。少边主义具备“特定的互惠性”,其优势在于打破行动困境、分担战略成本、调动成员主动作为的积极性、灵活增减成员或选择议题。<sup>④</sup>反映全球治理少边化倾向的标志性事件有两个:一是2017年特朗普任内美国退出应对气候变化的《巴黎协定》(2021年拜登任内美国重新加入,2025年特朗普二次任期伊始美国再次退出),二是2019年世界贸易组织上诉机构正式停摆。究其根源,一方面,在“赢者通吃”的资本逻辑下形成的全球产业结构和供应链,加剧了国家间的分配不公和贫富差距,形成结构性矛盾;另一方面,原有大国对既有全球治理机构公共产品的供

<sup>①</sup> 参见杨贇:《〈民事诉讼法〉涉外取证制度与数据合规阻断效力研究》,载《国际法学刊》2025年第1期,第52-54页。

<sup>②</sup> 参见唐世平:《国际秩序变迁与中国的选项》,载《中国社会科学》2019年第3期,第189-199-200页。

<sup>③</sup> 参见杨泽伟:《全球治理区域转向视域下国际法发展的新趋势及中国因应》,载《环球法律评论》2024年第4期,第192页。

<sup>④</sup> 参见陈柏岑:《美国亚太战略中的小多边问题研究》,载《边界与海洋研究》2021年第5期,第24-36页。

给意愿和供给能力减弱,新兴大国又难以在短期内填补这种空缺。<sup>①</sup>美国的战略调整可以追溯至2008年美国金融霸权系统性风险爆发及负面影响延宕,美国综合实力下降而不得不采取战略性收缩,开始舍弃其自我标榜的诸多“美德”。当美国认为其难以通过订立国际公约来塑造全球规则时,就会转而采用输出国内立法、推行双边协定范本及扩展区域性条约影响力等迂回方式。<sup>②</sup>少边主义常因其存在排他性、精英主义倾向及程序不正义等问题被批判,但并非所有的少边主义合作都是负面的,少边主义也被用于解决多边主义低效、不灵活及集体行动困境的问题。若运用得法,少边主义可以成为平衡谈判效率与开放水平的一种选项,与其他合作形式构成重叠却不排他的状态。而少边主义在一定时期被滥用,很大程度上是由于某些国家既想不放弃扩大对世界政治的超额介入,又不愿意承担多边组织或制度运行的成本,也不愿意被多边组织或制度所掣肘。概言之,少边主义不啻为权宜之计或破局之法,但过度奉行可能有损于国际社会整体利益。不过,少边主义与赤裸裸的单边主义还是有所不同,少边主义仍然具有国家合作的形式。在不同的历史时期,国际社会呈现多边主义与少边主义拉锯或二者轮番占据主流的态势。

《海牙取证公约》与《联合国打击网络犯罪公约》等全球性条约通常是多边主义的典型体现,区域性条约或双边协定则未必。全球治理中对区域性条约或双边协定的侧重,一定程度上会分散各国对全球性公约进展的注意力,一些法律冲突就难以获得更大范围的消解。所以在面对全球性公约之不足、践行多边主义之艰难的时候,是迎难而上改进全球性公约,还是转而寻求区域性条约或双边协定甚至是国内法的解决方案,是国家的选择,也是国家的担当。当全球治理的大环境出现区域化、少边化,一些具体事务处理的方向就更容易滑向单边化(内国化),从而激化电子数据跨境取证法律博弈的态势。

## (二) 国际法相对于国内法不具有绝对的优先适用性

国家主权是国际法建基的前提,也是国际法的组成部分,国家主权原则是国际法的基本原则。所以,国际法相对于国内法不具有绝对的优先适用性,否则,国际法可能就是世界法或全球法。例如,在中国,不同条约的效力等级可能不同:全国人大常委会批准的条约和重要协定与全国人大及全国人大常委会制定的法律具有同等效力;中国对外缔结的不须经全国人大常委会批准而须经国务院核准生效的条约和协定与国务院制定的行政法规具有同等效力;以政府部门的名义对外缔结的协定与国务院部门规章具有同等效力。<sup>③</sup>位于下一位阶的国际条约的效力未必高于上一位阶的中国法。2023年发布的《中华人民共和国对外关系法》还规定,国家缔结或者参加的条约和协定不得同《中华人民共和国宪法》相抵触(第30条),条约和协定的实施和适用不得损害国家主权、安全和社会公共利益(第31条)。除此之外,国际条约适用的优先性还取决于条约本身的规定及国家提出保留的情况。

《海牙取证公约》本身并未规定自身的强制适用或优先适用,导致缔约国在该问题上存在分歧。尤其是英美法系国家存在特殊的审前证据开示制度,而《海牙取证公约》允许缔约国对该制度的适用作出保留,使得英美法系国家可以绕开公约而适用国内法规定的跨境取证程序。<sup>④</sup>美国的审前证据开示程序就时常不寻求证据所在国的帮助,而直接要求当事方甚至非当事方提供证据,<sup>⑤</sup>单方面域外取证从事实上否定了《海牙取证公约》适用之优先性。

美国最高法院早在1987年“法国国家航空工业公司诉美国依阿华南区联邦地区法院案”( *Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. United States District Court* )中,就从公约的目的出发,认为公约本身并不具有排他性和优先性。<sup>⑥</sup>由于存在认定公约并不具有强制适用性的最高法院判例,美国法院就得以适用美国的联邦民事程序规则而非通过公约途径进行域外取证。在“耐克、匡威公司诉吴某某假冒产品案”<sup>⑦</sup>的域外取证问题上,中国六家银行提出,涉案被告相关账户信息的调查取证应当首先适用《海牙取证公约》规定的请求书途径,中国国内法也规定外国法院提出的取证请求适用条约和外交等取证途径,但以上观点未被美国

① 参见张云:《新冠疫情下全球治理的区域转向与中国的战略选项》,载《当代亚太》2020年第3期,第147页。

② 参见车丕照:《是“逆全球化”还是在重塑全球规则?》,载《政法论丛》2019年第1期,第17页。

③ 参见车丕照:《〈民法典〉颁行后国际条约与惯例在我国的适用》,载《中国应用法学》2020年第6期,第12-13页。

④ 参见何其生:《比较法视野下的国际民事诉讼》,高等教育出版社2015年版,第268页。

⑤ 参见徐宏:《国际民事司法协助》,武汉大学出版社2007年版,第174页。

⑥ 参见郭玉军:《论美国与欧盟国家域外取证领域的冲突及其解决》,载《河北法学》2011年第4期,第28页。

⑦ *Nike, Inc. and Converse Inc. v. Maria Wu*, 349 F. Supp. 3d 310 (S.D.N.Y. 2018).

法院采纳。这些案例表明,美国愈发不时通过国内司法手段否定国际公约途径进行域外取证的优先性。美国对《海牙取证公约》、司法协助等多边机制的不信任,美国证据开示程序乃至整个诉讼制度的独特性及其宽泛的证据开示范围,难以与其他国家形成协调。<sup>①</sup> 这种情况同样反映在对电子数据的跨境取证中。

从整体上看,目前电子数据跨境取证相关国际条约持续增长,在不断回应科技创新所带来的新问题。但其也遭遇了发展的瓶颈,陷于“缝缝补补”却没有突破性进展的困境,尤其在国际法律责任方面。<sup>②</sup> 当然,这也是因为国家主权是国际法建基的前提,是国际法不应随意逾越的屏障,国际法不宜全面介入国内法调整之处。诚然,弃国际条约而不用、依据国内法进行的电子数据“长臂取证”是对数据主权的滥用,但国际礼让原则尚未取得与主权原则同等的分量,不足以对数据主权的滥用形成制约。

### 三、电子数据跨境取证法律冲突的中国应对

鉴于电子数据跨境取证相关国际条约制定及国内适用的不易,为了协调电子数据跨境取证法律冲突,更有效地解决国际民商事争议、打击跨国犯罪,还是需要着力完善国内司法制度。中国在相关领域作出了积极尝试,但制度构建仍需持续完善。

#### (一) 加强国内法与国际法的兼容

减少电子数据跨境取证的法律冲突,可以从参照国际法调整各国国内法入手。电子数据跨境取证相关国际法有了一些新进展,虽然无法面面俱到,且不一定具有相对于国内法的优先适用性,但毕竟代表了国际社会对于有关矛盾最大范围的妥协一致。因此,对有关国内法作出一些相应的调整和细化,有助于减少以单边反制单边的情况,从而消弭有关法律冲突。当然,国内法未必需要全然模仿国际法的有关规定。在不违反国际法强制性规则的前提下,国内法适当保留与国际法的不一致,可预留实践操作上的弹性空间。

就不同类型数据的取证问题,根据《联合国打击网络犯罪公约》第27条至第30条的规定,本国主管机关只能命令在本缔约国境内提供服务的服务提供商提交其所拥有或控制的与其服务有关的注册人信息,而搜查和扣押存储电子数据、实时收集流量数据及拦截内容数据只能针对位于本国境内的电子数据。换言之,跨境数据取证的公私合作仅适用于注册人信息,不包括流量数据和内容数据。这也说明该公约对跨境取证的数据仅作了分类处理的规定,不涉及数据分级的制度安排。这与中国法的规定不完全一致,不同类型的数据决定了执法部门合理取证的不同标准,<sup>③</sup>实施中需要考虑与中国的分级分类规则的协调问题。

就电子数据快速保全、搜查、扣押、实时收集等问题,《联合国打击网络犯罪公约》与一些国家的国内法也存在出入。以快速保全为例,《联合国打击网络犯罪公约》规定在“有理由认为该电子数据极易丢失或被修改”的情况下可以对电子数据进行保全,最长时限为90天,同时对数据保管人或其他负责保全数据的人员附加了保密义务(第25条);快速保全存储电子数据方面的国际合作,保全期不短于60天(第42条)。与《联合国打击网络犯罪公约》不完全对应的是,《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》规定,冻结电子数据的时限可长达6个月(允许续冻)(第39条)。同时,该规则对冻结数据的适用情形规定得更为具体:数据量大,无法或者不便提取的;提取时间长,可能造成电子数据被篡改或者灭失的;通过网络应用可以更为直观地展示电子数据的(第36条)。此外,该规则规定的“网络在线提取”“网络远程勘验”在国际法中并无相同提法,实践中对境外网站账号的冻结也被纳入“网络远程勘验”范畴。<sup>④</sup>

更值得注意的是,《联合国打击网络犯罪公约》第40条“司法协助的一般原则和程序”还规定缔约国不得以银行保密为由拒绝根据本条提供司法协助。与此相冲突的是,强化个人信息保护目前是各国立法的主流趋势,因此,数据处理者在对电子数据进行收集、保存或加工的过程中对客户负有保密义务。中国的银行曾以其保密义务与信息披露要求相悖为由,抗拒美国法院指令其提供证据的单边要求(不通过司法协助途

<sup>①</sup> 参见章晶:《美国事证开示程序对外国案外人管辖权的扩张——以涉中国金融机构案件为例》,载《国际法研究》2020年第1期,第104页。

<sup>②</sup> 参见林婧:《开放与可控之间:网络安全国际合作法律制度研究》,北京大学出版社2025年版,第212页。

<sup>③</sup> Claudia Warkena, Lodewijk van Zwietenb & Dan Svantesson, *Re-Thinking the Categorisation of Data in the Context of Law Enforcement Cross-Border Access to Evidence*, *International Review of Law, Computers & Technology*, Vol.34: 44, p.45(2020).

<sup>④</sup> 参见梁坤:《跨境远程电子取证制度之重塑》,载《环球法律评论》2019年第2期,第141页。

径而直接指令数据处理者),但未获成功。例如,在“耐克、匡威公司诉吴某某假冒产品案”中,美国法院要求中国六家银行在美分支机构提供储存在中国境内的被告资产信息。中国六家银行认为,如果披露客户信息则会违反中国的国内法<sup>①</sup>,但美国法院认为中国的银行不会受到中国的实质性惩罚,因此,仍然强势要求六家银行提供相关客户信息,并以巨额罚款作为威慑。可见,在面临电子数据域外取证问题时,一国的数据处理者往往遭遇本国法规定的保密义务与外国域外取证制度中信息披露要求的内外夹击。虽然《联合国打击网络犯罪公约》第40条规定的司法协助中不得以银行保密义务作为抗辩,并不代表应对一国单边取证时不能以保密义务作为抗辩,但该规定不失为否定银行保密义务作为抗拒域外取证协作理由的风向标。

由于国家主权是国际法建基的前提,是国际法不应随意逾越的屏障,因而国际法律责任的设置一向是国际法的弱项,这恰恰为国内法的规定留下空间。要让国内的涉外法律真正发挥效力,法律责任条款的运用极为重要。例如,《商业银行法》规定,对个人储蓄存款及单位存款,商业银行有权拒绝任何单位或者个人查询,除非法律、法规另有规定(第29条、第30条),违者承担支付迟延履行的利息及其他民事责任(第73条);还如上文提及的《数据安全法》第48条等法律责任条款。中国法律实践需要依据这些法律责任条款作出真正的判罚,以昭示中国法律给数据处理者(被取证人)施加了真正压力,数据处理者(被取证人)并未夸大不遵守中国法律将被处罚的风险。应避免美国法院在具体案例中,通过对《中华人民共和国个人信息保护法》(简称《个人信息保护法》)和《数据安全法》进行灵活解释,或以证据不充分为由,得出中国与美国的法律不存在真实法律冲突的结论。<sup>②</sup>中国裁判文书网目前未有因违法查询被追究法律责任的案例。不仅如此,中国法律未明确规定国家机关在电子数据跨境取证中的人权保障义务对应的法律责任,可能导致国家间难以建立真正的信任。

## (二) 积极运用法律互惠标准

减少电子数据跨境取证法律冲突,还可以通过扩大有关领域司法协助的适用范围实现。《中华人民共和国民事诉讼法》第293条规定了司法协助(涵盖域外取证)的前提是具备条约关系或者互惠关系。《中华人民共和国国际刑事司法协助法》(简称《国际刑事司法协助法》)第4条、第5条及《关于实施〈中华人民共和国国际刑事司法协助法〉若干问题的规定(试行)》第2条也作了类似规定。

互惠原则的认定存在事实互惠和法律互惠两种标准。前者是指只有对方国家在司法实践中已存在承认本国判决之案例,才可认定该国与中国之间存在互惠关系;后者是指依照该国法律,中国法院判决能够得到该国的承认和执行,即便外国司法实践中尚未出现相关先例,本国也认定互惠关系的存在。事实互惠可进一步分为实存互惠与推定互惠,区分则在于是切实存在互惠案例还是仅仅不存在反例。<sup>③</sup>法律互惠包括作出具体明确互惠承诺的情况。《国际刑事司法协助法》通过同中国不存在条约关系的请求国在司法协助请求书中作出互惠承诺(第13条),即确认增加以互惠承诺来认定互惠关系的方式。可见,法律互惠标准相对容易满足。2021年发布的《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》采用了“法律互惠+推定互惠”的互惠关系认定标准。其第44条规定,人民法院在审理申请承认和执行外国法院判决、裁定案件时,“该法院所在国通过外交途径对我国作出互惠承诺或者我国通过外交途径对该法院所在国作出互惠承诺,且没有证据证明该法院所在国曾以不存在互惠关系为由拒绝承认和执行人民法院作出的判决、裁定”,可以认定存在互惠关系。但前述规定的适用场景限于承认和执行外国法院判决、裁定的审理程序,对域外取证问题未予规定。

在国际司法协助中,无论是承认和执行外国法院判决、裁定,还是域外取证,狭义的事实互惠标准已难以适应深化国际司法交流合作的要求。如果所有国家的法院都在等待对方先行给予司法协助,便不可能出现先例,事实互惠根本无从建立。2019年发布的《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》第6条规定:“……在沿线一些国家尚未与我国缔结司法协助协定的情况下,根据国际司法合作交流意向、对方国家承诺将给予我国司法互惠等情况,可以考虑由我国法院先行给予对方国家当事人司法协助,积极促成形成互惠关系,积极倡导并逐步扩大国际司法协助范围。”故在电子数据跨境取证

<sup>①</sup> 例如,《中华人民共和国商业银行法》(简称《商业银行法》)第29条要求银行对客户信息予以保密。

<sup>②</sup> 参见李贤森:《民事域外取证与数据出境监管的冲突及应对》,载《比较法研究》2025年第1期,第215-219页。

<sup>③</sup> 参见杜涛:《互惠原则与外国法院判决的承认与执行》,载《环球法律评论》2007年第1期,第118-119页。

中,可以积极运用法律互惠标准,只要他国法律中有与中国相似的互惠相关规范,或在司法协助请求书中作出互惠承诺,那么中国便可以承认两国之间存在跨境取证的互惠关系,从而减少两国之间因为跨境取证而发生的法律冲突。

当然,法律互惠需要建立在对他国法律的准确理解之上,如果对他国法律存在误解,就可能影响互惠关系的建立。例如,2021年欧洲数据保护委员会发布的《第三国的政府数据访问报告》对中国、印度及俄罗斯三国的数据保护状况进行了法律评估,其中对中国的评估结论是:虽然中国制定了《数据安全法》《个人信息保护法》等法律,但这只是形式上的,实质上仍未就个人数据不受政府访问提供足够保护;执法部门和情报机构有广泛的权力,法律没有对私营部门向政府提供数据进行明确的限制,也未对公民或企业提供有效的救济措施。<sup>①</sup> 这样的结论可能不利于中国与欧盟各国之间建立良好的司法协助关系。

### (三) 提升国际司法协助机制的效能

司法协助仍被奉为电子数据域外取证的主要方式,但美国等国家弃司法协助机制不用而行单边取证,部分原因是出于对国际司法协助机制效能的不满。亦有观点提出质疑,司法协助机制低效的论调是倒果为因:人员短缺、信息技术落后和培训不足等问题导致案件积压,迫使美国司法部在案件管理中采取了严格标准,倾向于拒绝协助申请;解决之道是对司法协助机制投入充足的资源,而非轻易将国家职责转嫁给私人实体。<sup>②</sup> 无论如何,设法进一步提升效能,有助于推广国际司法协助机制的采用。2003年发布的《最高人民法院办公厅关于指定北京市、上海市、广东省、浙江省、江苏省高级人民法院依据海牙送达公约和海牙取证公约直接向外国中央机关提出和转递司法协助请求和相关材料的通知》授权北京市、上海市、广东省、浙江省、江苏省高级人民法院直接向外国中央机关提出和转递司法协助材料。而今,中国进一步拓展授权北京市、上海市、广东省、浙江省、江苏省、福建省、江西省、山东省、广西壮族自治区、海南省高级人民法院,向《海牙送达公约》《海牙取证公约》成员国中央机关直接提出司法协助的请求。<sup>③</sup> 2021年,司法部开设了司法协助文书材料线上提交平台 [www.ilcc.online](http://www.ilcc.online),外国请求方可直接网上提交请求资料,无需再邮寄纸质资料。同年,浙江省瑞安市人民法院经最高人民法院审查同意、浙江省高级人民法院全程指导,利用在线开庭审理平台,成功协助芬兰共和国西南地方法院完成一起该国倒卖人口案件的证人线上出庭作证工作,这是中国法院首次采用线上视频方式实施国际刑事司法协助取证。<sup>④</sup> 但整体而言,中国有关电子数据跨境取证的司法制度较为零散,规范层级也不高,灵活性有余而体系性不足。

域外法中不乏可资借鉴的规定,例如,对取证各阶段设立一定的行动时限,建立通畅快速的响应机制和联系渠道等。2020年修订的《欧盟民商事取证条例》[*Regulation (EU) 2020/1783 on Cooperation Between the Courts of the Member States in the Taking of Evidence in Civil or Commercial Matters*]要求被请求法院原则上最迟在收到请求后90天内执行取证请求(第12条)。2023年发布的《欧洲议会和欧盟理事会关于刑事诉讼及之后执行监禁刑判决中电子证据的欧洲调取令和保全令的条例》(*Regulation of the European Parliament and of the Council on European Production and Preservation Orders for Electronic Evidence in Criminal Proceedings and for the Execution of Custodial Sentences Following Criminal Proceedings*)也旨在构建便捷高效的数据跨境取证的司法协助路径,响应时间根据不同事项设定为最短8小时以内、最长90天以内。同时通过的《欧洲议会和欧盟理事会关于指定特定机构与任命法定代表人以收集刑事诉讼电子证据的统一规则的指令》(*Directive of the European Parliament and of the Council of Laying Down Harmonised Rules on the Designation of Designated Establishments and the Appointment of Legal Representatives for the Purpose of Gathering Electronic Evidence in Criminal Proceedings*)是实施前述条例的重要辅助文件,旨在指定特定机构与任命法定代表人以接受并响应刑事诉讼电子证据调取令和保全令,并配套了不遵守指令的惩罚措施。但有关快速响应机制也要避免过于优先

<sup>①</sup> *Government Access to Data in Third Countries*, European Data Protection Board, [https://www.edpb.europa.eu/system/files/2022-01/legalstudy\\_on\\_government\\_access\\_0.pdf](https://www.edpb.europa.eu/system/files/2022-01/legalstudy_on_government_access_0.pdf).

<sup>②</sup> Vazquez Maymir Sergi, *Anchoring the Need to Revise Cross-Border Access to E-Evidence*, *Internet Policy Review*, Vol.9: 1, p.14-15(2020).

<sup>③</sup> 参见《国际民商事司法协助常见问题解答》,载中华人民共和国司法部网站2025年3月21日, [https://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/jgsz/jgszsdw/zsdwsfxzjlx/sfxzjlxwwdt/202503/t20250324\\_516204.html](https://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/jgsz/jgszsdw/zsdwsfxzjlx/sfxzjlxwwdt/202503/t20250324_516204.html)。

<sup>④</sup> 参见《瑞安法院完成全国法院首例刑事案件视频取证司法协助》,载中国法院网2021年10月28日, <https://www.chinacourt.cn/article/detail/2021/10/id/6336633.shtml>。

考虑执法效率,而对相关的基本权利保护不足,尤其是在通知程序、权利救济和证据可采性方面。<sup>①</sup>提升国际司法协助机制效能的同时也要兼顾涉案当事人的权利保障,而并非仅以效率作为唯一价值导向。

#### 四、结语

对诸多时代命题的解读,都需要结合全球治理呈现区域化、少边化趋势及国家主权仍是国际秩序运行基础这两大背景。虽然在互联网时代,司法协助依然被视作电子数据跨境取证的主要方式,但也出现了单边主义的立法与实践,由此导致电子数据跨境取证的法律冲突。有关国际法虽然在更大范围达成了一些共识,但在协调相关法律冲突方面暂无太大进展,国际礼让原则也并未取得与主权原则同等的地位。这并不意味着国际法的虚无性或软弱性,而是因为国家主权是国际法建基的前提,是国际法不应随意逾越的屏障,国际法不宜轻易介入本由国内法调整之处。如果仅以单边反制单边,电子数据跨境取证法律冲突有被激化的危险。为了在维护本国数据主权的前提下尽可能地化解电子数据跨境取证法律冲突,也为了更有效地解决国际民商事争议、打击跨国犯罪,中国既需要持续推动相关领域国际条约的制定与完善,也需要对国内法作出相应的调整和细化,扩大有关领域司法协助的适用范围,提升国际司法协助机制的效能。中国谋求更为公正的国际法律秩序的努力未曾间断,以国际法带动国内法,以国内法反哺国际法,还需要更多的探索。

#### Legal Conflicts over Cross-Border Evidence Accessing to Electronic Data and China's Response

LIN Jing

(Law School, Fuzhou University, Fuzhou 350116, China)

**Abstract:** With the development of technology and the increasing uncertainty of the international environment, Inter-State relations have entered into a new period of adjustment. The international legal order is also in turmoil. From *Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters* passed in 1970 to *United Nations Convention Against Cybercrime Strengthening International Cooperation for Combating Certain Crimes Committed by Means of Information and Communications Technology Systems and for the Sharing of Evidence in Electronic Form of Serious Crimes* passed in 2024, legal conflicts over cross-border evidence accessing to electronic data are remaining unsolved. On the one hand, mutual legal assistance is still regarded as the primary means of taking evidence of electronic data abroad. On the other hand, data-intensive companies become main objects for cross-border evidence accessing to electronic data unilaterally, and then restrictive clauses have become a common response to resist other countries' "long arm evidence collection". The underlying reason lies in global governance shows a trend of regionalization and marginalization, besides, the application of relevant international treaties does not have priority over domestic laws. Given the difficulties of developing international treaties related to cross-border evidence accessing to electronic data, to coordinate legal conflicts in cross-border evidence accessing to electronic data, so as to resolve international civil and commercial disputes, and combat transnational crimes more effectively, it is necessary for China to strengthen the compatibility between domestic law and international law, apply the legal reciprocity standard positively, and enhance the effectiveness of international judicial assistance mechanisms.

**Key words:** electronic data; taking of evidence abroad; judicial assistance; data sovereignty; legal reciprocity

<sup>①</sup> Athina Sachoulidou, *Cross-Border Access to Electronic Evidence in Criminal Matters: The New EU Legislation and the Consolidation of a Paradigm Shift in the Area of 'Judicial' Cooperation*, *New Journal of European Criminal Law*, Vol.15: 256, p.264-273(2024).