

# 坚持在联合国框架下制定电子证据国际标准

## ——联合国毒品犯罪办公室第五届网络犯罪政府间专家组会议研究

方芳（上海国际问题研究院）

### 0 引言

近些年，网络犯罪频发，呈现愈演愈烈态势。打击网络犯罪已成为国际社会以及各国国内的重要治理议题。然而，网络犯罪的形态多元、定性复杂、溯源困难等特点使得国际社会在打击网络犯罪领域遇到较多挑战。3月27日至29日，联合国毒品犯罪办公室第五届网络犯罪政府间专家组会议召开，与会方达成高度共识，即在打击网络犯罪领域需要一个各国均接受的国际性法律框架，尤其对跨境电子取证等涉及国际合作的程序性问题进行合理规范，以保障国际合作的顺利开展。

### 1 跨境电子取证成为打击网络犯罪的难点

网络犯罪的形式本质上是跨国界性的，针对案件展开的执法调查需要各国间司法机关的高度配合。各国在打击网络犯罪过程中的执法调查高度依赖电子证据，跨境电子取证已成为打击网络犯罪的难点。首先，国际社会尚缺乏关于网络犯罪的内涵和范围的普遍共识。关于

网络犯罪定性及其范围界定的统一性是包括跨境电子取证在内的所有执法调查开展的基础。关于网络犯罪以及电子证据的定义，尤其对网络犯罪的范围、电子证据的可采性及其与传统证据的延展性等方面，各国的法律及国内实践不同。当一国出于打击在本国境内发生的网络违法案件而向另一主权国家发出共享由他国控制的数据请求时，对方在接收到请求之后会判断案件涉及的罪行是否与本国法律的定性大体相一致。若该案件所涉行为并不触犯国内法律，该国则可拒绝接受数据共享请求。因此，缺乏相关领域的国际共识给打击网络犯罪的执法过程带来不确定性。其次，不同法域间数据分享的程序缺乏统一性。由于目前各国通过多边司法协助条约（Mutual Legal Assistance Treaties，简称MLAT）进行跨境电子取证，该过程受到两个主权国家各自司法系统的完善度以及两个不同法域间司法系统的配合度。任何一方的司法系统程序不畅，取证及后续环节的执法调查则遇阻。再者，不少国家进行电子取证的专业技术能力欠成熟。电子取证一般分为准备阶段、现场勘查、证据获取、证据固定、数据分析和生成报告六



个阶段。每一个阶段都对国家执法机关的专业技术能力提出了高要求,因此,执法人员的业务素养欠缺也成为了保障跨境电子取证的“拦路虎”。可见,跨境电子取证的过程中因程序繁、耗时长、难度高等问题直接导致效率低下。

电子证据的易灭性和不稳定性成为打击网络犯罪的主要障碍之一。电子证据具有难溯源、难追踪、难储存的特点,跨境电子取证对各主权国家司法机关的取证能力及国际合作的机制提出了极高的要求。据国际电信联盟发布的《全球网络安全指数 2017》显示,就该组织 193 个成员国的范围而言,43% 的成员国家已投入相关能力建设项目,以提升执法调查的效率,进一步完善相关司法系统。

## 2 跨境电子取证的国际合作机制成为各国博弈的焦点

跨境调取电子证据的国际合作低效性成为各国打击网络犯罪的重要关切。当前各国通过多边司法协助条约出于打击犯罪的目的在执法过程中获取位于另一个主权国家管辖域内的信息或数据。多边司法协助条约是一种主权国家间双边或者多边条约,旨在为了更有效打击犯罪而分享或交换信息或数据以作证据调取之需。当前,在打击具有跨境性的网络犯罪的执法过程中,各国仍采取传统的多边司法协助模式向他国进行跨境调取电子证据。但是,基于多边司法协助条约的跨境电子取证程序较繁琐,各国国内司法制度各异,顾及因素较多,因为跨境电子取证不仅涉及匿名软件、高级加密、辨识提取等技术问题,还需考虑关于隐私保护各

国国内标准不一的问题。多边司法协助的取证模式的后果是什么。以上均导致基于多边司法协助的跨境电子取证模式效率低下,严重影响取证的时效性,降低案件破获的成功率。

针对跨境调取电子证据的效率较低,国际社会围绕该问题的国际合作机制展开观点交锋,呈现两个阵营。一方面,以美、欧为代表的一些国家将《布达佩斯公约》(又称《欧洲委员会网络犯罪公约》,以下简称《公约》)推广为打击网络犯罪的国际性条约,为跨境电子取证的国际合作开展提供全球性的基本法律框架。美、欧联合借《公约》第二附加协定(the Second Additional Protocol)在更广的区域范围推广一国执法机关与其他法域网络服务提供商直接合作的跨境取证模式,利用“长臂管辖”弱化主权国家对其境内数据的现实掌控。针对基于多边司法协助条约的跨境电子取证效率较低,《公约》第二附加协定主推索取用户信息的请求、保全请求和紧急请求与其他法域的网络服务提供商直接合作的模式。在 2018 年美国《澄清域外合法使用数据法》和欧盟《电子证据条例》(草案)相继出台后,一国向他国网络服务提供商直接调取电子证据的新型取证模式被嵌入区域性条约。

另一方面,以中、俄为代表的部分国家坚持在联合国现有框架下起草新的电子证据国际标准的法律文书。由于互联网技术日新月异的发展,《公约》的一些条款略显陈旧,无法有效解决现有的网络犯罪领域存在的各方关切问题,跨境调取电子证据就是典型。而且,《公约》第二附加协定规定的一国执法机关与其他法域

网络服务商直接合作的跨境取证模式具有较大不确定性。其一，给互联网专业技术不发达的发展中国家造成不利处境，处于互联网发展初期阶段的国家或者国内网络服务提供商发展尚不具规模的国家在此种国际合作模式下将逐渐“被边缘化”并最终可能失去对数据的掌控权；其二，给网络服务运营商产生了权利和义务边界不明晰的地带，网络服务运营商在不同国家承担不同的社会角色和任务，通常来讲，当外国司法机关向本国网络服务运营商提出跨境电子取证时，本国网络服务运营商对此请求的有效性及其真实性无法做出准确判断，鉴于全球范围内对网络犯罪的定义和范围尚无统一界定，因此对于网络运营商而言，不明晰地带极可能出现对取证行为的误判甚至滥用的情形；其三，对保护公民的基本数据和个人隐私可能造成较大损害，虽然《公约》第二附加协定中规定的跨境调取的数据仅限用户基本信息，但是不同国家对数据和隐私保护的程度不一，此种做法因可能侵犯公民的隐私而遭到欧洲一些非政府组织的反对。

### 3 坚持联合国框架下电子证据国际规则制定成为网络犯罪国际合作开展的发力点

虽然当前通过多边司法协助条约进行跨境电子取证效率较低，但并不意味着此种模式只能被替代。坚持在联合国框架下制定电子证据国际规则，坚持以国家间司法机关合作为基础，完善现有的合作模式、健全合作机制才是更加开放、包容之举。

第一，电子证据国际标准的制定成为探索

打击网络犯罪国际规则的良好契机，这是各国利益的汇聚点。目前，各国对电子证据的定义、范围、调取方式和可采性等标准不同，就上述问题出台统一的国际标准是各国的重要关切。各国可在全球标准的基础上调适或完善各国国内的相关立法界定，处理好其与传统证据的延展性和相称性，有助于一国执法机关对他国执法机关跨境取证的高效审核。

第二，坚持在联合国框架下探索电子证据国际标准防止当前相关法律碎片化的风险，这成为各国合力的凝聚点。当前，现有的区域性条约如《布达佩斯公约》、非盟《网络安全和个人数据保护公约》和上合组织《信息安全国际行为准则》在开展打击网络犯罪的国际合作方面已做出有益探索，在联合国框架下制定互惠的、开放的法律文书不仅可以防止法律的碎片化风险，还能重新设置相关国际规则制定的议程。

第三，坚持在网络主权原则和联合国平等、包容、尊重的价值准则上制定电子证据国际标准，这是各国推进国际谈判的基本点。跨境电子取证应在相互尊重主权的前提下开展，不得采取侵入性的技术性手段，可基于既有的双边和多边条约建立并完善现有的国际司法合作，提出更为合理的跨境电子取证渠道。虽然通过司法协助程序进行跨境电子取证会出现效率较低的情形，但是绕过上述渠道向网络运营商直接调取电子证据不仅会侵犯国家主权、违反人权，还会模糊和有害网络运营商的权利和义务。应在维护司法主权情况下建立主权国家间的信息流转机制，进一步畅通刑事司法领域的国际



合作渠道。

第四，基于联合国开放原则明确和发挥网络服务提供商在相关领域国际规则制定的重要作用，这是各国开展国际合作的关键点。鼓励网络服务提供商向发展中国家提供有关数据本地存储等的智力和技术支持，让发展中及更多国家充分了解数据本地存储和数据存储在多个法域的情形分别给跨境调取电子证据造成的优势和障碍。鼓励网络服务提供商积极参与网络

犯罪领域的规则制定中，尤其是电子证据的国际标准，探索一种兼顾主权、隐私保护、执法效率的较平衡的取证模式。

### 作者简介

**方芳**，上海国际问题研究院网络空间国际治理研究中心研究员、公共政策所博士后，华东政法大学人工智能与大数据指数研究院副教授。主要研究方向为跨境数据流动治理。✉