

# 回应司法实践需求 破解刑事跨境数据取证难题

## ——《刑事跨境数据取证:边界重构与制度革新》序

□ 姜伟



北京航空航天大学法学院裴炜教授撰写的《刑事跨境数据取证:边界重构与制度革新》书稿摆在我的案头,使我成为该书最早读者之一。研读了这部专著的主要章节后,我很受启发,有了一些思考,也深受鼓舞,为建构多元化的数据跨境取证模式明确了思路。

跨境数据取证成为刑事诉讼实务的难题,进而成为理论研究的热点,究其原因是数据的诸多属性在司法领域的冲突导致的。从数据的自然属性看,数据依托网络产生,以互联网为载体,具有跨地域的天然属性。从数据的社会属性看,数据的主体具有多元性,涉及个人信息权益、企业利益、公共利益、国家主权,而数据资源主要在公共管理部门和网络服务运营商。从数据的诉讼属性看,电子数据成为证据种类的历史不长,但在数字时代已有逐步超越口供成为新的“证据之王”的趋向。特别是在网络犯罪案件办理中,电子数据往往是证明犯罪的关键证据、主要证据。从数据的管理属性看,网络空间有主权,数据也有主权,一国对本国数据具有排他性支配权。数据跨境侦查取证与一国国家主权密切相关,根据国际法一般原理,原则上除获得本国同意外,任何其他国家不得直接通过单边措施获取他国境内数据。因此,电子数据的弱地域性与司法管辖的强地域性在数据跨境问题上产生冲突,导致案件侦查存在电子证据溯源难、取证难等问题。

网络犯罪具有两大特点:一是技术性,二是跨国性。与传统犯罪相比,网络犯罪“从体力对抗转变为技术对抗”。为提升犯罪活动隐蔽性,规避刑事侦查取证,网络犯罪往往横跨多个国家和地区,采用浮动IP或频繁更换IP的方式,凭借先进的科技装备、多重的管辖阻隔和高超的反侦查技术,给案件侦办工作带来一系列障碍。

高效获取作为证据材料的数据,是依法惩治日益高发的跨境网络犯罪的关键。跨境取证正由刑事侦查例外措施逐渐变成犯罪治理的常规方式。但是,网络时代下的数据跨境流动和分布存储,给侦查取证制造了障碍。针对境外的网络服务器、犯

罪专用设备,单纯依靠国内网络攻防技术自行跨境取证,存在侵犯他国网络空间主权的风险;传统的刑事司法协助模式尽管可以规避上述风险,但存在沟通难、时间长、效率低等问题;而请求跨国警务协作取证不仅需要充分的证据支撑,还受制于涉案国家的法律法规以及警察电子取证技术、设备与能力等条件。

在网络时代,如何应对跨境数据取证问题,是世界各国共同面临的难题。跨境数据取证需要破解三大难题:一是司法主权问题;二是高效、便捷的取证程序问题;三是个人信息等相关权益保障问题。上述难题不仅是技术和程序层面的问题,而且是直接涉及国家主权、网络空间治理和国际合作规则的重要议题。加强国际合作打击跨境网络犯罪,是国际社会的广泛共识。目前,一些国家或地区已经开始探索跨境数据取证的合作机制,呈现出支持多元取证模式的立法倾向。2024年12月,联合国大会以一致同意的方式通过具有法律约束力的《联合国打击网络犯罪公约》(下称《公约》)。这是全球网络治理史上的一个标志性事件。《公约》通过确立基础性规则和合作框架,强调既要尊重主权,又要提高跨境合作的速度与效率,体现了各国的高度重视与广泛共识,为成员国间跨境数据取证合作提供了制度化路径,系统构建了跨境数据取证的国际规则。

在此背景下,本书的理论建构与制度设计,回应了国际规则演进和国际司法合作的迫切需求。裴炜教授是网络法治领域的知名学者,专注网络时代刑事诉讼变革,深耕多年,对网络犯罪治理有精深造诣,且研究成果丰硕。她长期担任公安部网络安全法律咨询委员会委员、联合国网络犯罪政府间专家组会议和网络犯罪公约

特设政府间委员会会议中方专家,既有丰富的网络治理实务资源,也参与联合国打击网络犯罪国际公约的研究论证,还了解各国跨境数据取证立法的最新进展。面对司法实践的现实需求和理论研究的严重缺位,她知难而进,撰写了《刑事跨境数据取证:边界重构与制度革新》这部专著,全方位梳理了跨境数据取证的重点、难点、焦点问题,首次系统性、体系化地提出刑事跨境数据取证的规范思路、制度设计,为破解数据跨境取证难题提供了一个方案。令人耳目一新、茅塞顿开。该方案旨在适应网络信息化趋势和司法实践需求:一是主张更新观念,重塑“管辖权”“侦查权”“个人信息权益”等概念,其逻辑起点是去地域化,通过公私协同这一模式转型,形成谱系化的管辖权规则体系。二是提出转变思路,基于网络化、数字化生态,诉讼运行的系统一定程度上已然模糊了传统国内法与国际法的分野,产生强烈的且单边的涉外属性,强调“一国国内法在域外的延伸适用”。三是建议变革机制,打破当前立法中单一的刑事司法协助模式,探索建构数字场域下多元化、结构化、层次化的新型跨境数据取证模式,概括出跨境数据取证的三种主要模式:刑事司法协助模式、直接跨境取证模式、向以网络信息者为代表的第三方调取模式。

该书的贡献是双重的:一方面,它为国内刑事诉讼法学界提供了一个全新的分析视角,将网络空间的技术性、主权性与证据规则的演进紧密结合起来,拓宽了传统刑事程序研究的理论边界;另一方面,它为我国在国际规则变革的背景下,如何更积极地参与网络空间治理、形成具有说服力与可行性的制度供给,提供了理论支撑。随着《公约》的通过,跨境数据取证的国际规则博弈将持续深化,这种具有前瞻性的学术研究无疑将成为制度创新的重要智力资源。可以预见,该书不仅将成为刑事诉讼法学和数字法治研究领域的重要成果,也有望在政策和制度设计层面发挥持久影响力。

裴炜教授希望我为这部专著作序,我勉为其难,记述研读该书的一些体会,是为序。

(作者为最高人民法院咨询委员会副主任委员、中国法学会网络与信息法学研究会会长。本文系北京大学出版社2025年7月出版的《刑事跨境数据取证:边界重构与制度革新》一书序言,标题为编者所加)



对外经济贸易大学法学院教授梅夏英:  
人工智能立法对新的思维范式提出迫切要求



人工智能立法问题目前在理论上的争议,制定统一的“人工智能法”的时机尚未完全成熟。人工智能立法应建立在它所创造的新型法律调整对象和方法上,由此可以提炼出“深度学习算法”和“人机关系”作为人工智能法的两个理论支点,且两者是紧密联系同步进化的。深度学习算法的规范化具有重要的意义,当前关于算法的透明性、可问责性以及可解释性等理念均无法形成理论上的自洽,最终仍有待算法“黑箱”的有效破解。人机关系因技术发展的不确定尚难以在法律上形成完整判断,但如果剔除掉AI“自我意识”的幻象,人机关系未来应由人类主导,且应遵循“非人化”原则、人类优先原则和安全原则,在此基础上就可以建立人机关系的具体法律机制,如人机对齐、人机信任和人机伦理的相关准则。人工智能立法对新的思想资源和思维范式提出了迫切要求,其中“计算机作为社会行为者”以及“行动者网络”等理论对我们的借鉴意义值得关注。

武汉大学环境法研究所教授陈海嵩:  
明晰生态环境法典编纂核心任务



通过实质法典化形成系统融贯、逻辑严密、内在统一的规范体系,是当前生态环境法典编纂的核心任务。“适度法典化”定位下的“法典+单行法”的“双法源”模式不仅从根本上解决法律适用争议,应排除“基础性法律优先适用”的前见,立足生态环境法典的整体结构与规范脉络进行体系考察,形成体系化视角下的规范解决方案。《中华人民共和国生态环境法典(草案)》法律责任编具有独特功能和相对独立性;法典例并非单一的总分结构,而是复合结构,表现为“总则编—分则各编”以及“(总则编+分则各编)→法律责任编”两个层级。这一复合型体例和结构框架运用在法典规范的各个领域,形成了“概括规定—具体规定”的双重规范群,共同构成生态环境法典中调整该类事项的规则秩序和规范脉络,并通过体系化的方式与法典之外的相关单行法产生规范关联,对法律适用形成规范指引。应根据体系一致性和平价统一性的要求,明确定生态环境法典与相关单行法产生规范关联的具体方式和价值导向,在法秩序内解决制度、规则不一致问题并提出规范适用指引。

复旦大学法学院教授汪明亮:  
尝试构建中国经济刑法学自主知识体系



在中国犯罪结构发生重大变化、加快构建中国刑法学自主知识体系的时代背景下,结合中国市场经济与经济犯罪的特殊性,尝试构建中国经济刑法学自主知识体系既必要且紧迫。构建这一体系的根本在于基本原理、犯罪论、刑罚论等基础理论的拓展与创新。除传统刑法基本原理外,经济刑法还

应坚持治罪与治理并重,凸显社会效益与法秩序统一原则。在犯罪论方面,需对经济犯罪法益进行双重判断,引入医学因果关系,增设法益恢复与初犯免罚的出罪事由,同时增设亲告罪。在刑罚论层面,应将政策、公众认同等因素纳入量刑情节,建立以财产刑为主、自由刑为辅,社区矫正为主、监禁刑为辅的刑罚体系,并将退赔列为适用缓刑、减刑、假释的必要条件。此外,还需构建以刑制罪模式,推行企业托管与归入权返还制度。

中国社会科学院大学法学院副教授胡昌明:  
在实践层面充分落实最有利于未成年人原则



子女抚养权归属问题是离婚案件争议的焦点之一。民法典施行后,最有利于未成年人原则成为处理离婚案件子女抚养权归属问题的通行标准。然而在司法实践中,这一原则并未得到有效贯彻。通过对1854份裁判文书的实证分析发现,有裁判未充分考量未成年身心健康,过分强调父母的情感需求而忽视了子女的利益,将子女抚养权判归有恶习一方当事人,或因为过分强调继父母子女的行为。《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>婚姻家庭编的解释(二)》对最有利于未成年人原则进行了系统性重申,为矫正司法实践偏差提供了规范指引。但是,该司法解释仍然存在一些不足,只有通过构建系统化的法律适用基准、专业化的家事审判程序以及重构社会支持体系等方式,将最有利于未成年人原则从规范层面落实到实践层面,才能真正实现未成年人利益的最大化。

[以上依据《法学家》《法学研究》《苏州大学学报(法学版)》《法学杂志》,张宁选辑]

从理念传播到制度构建再到司法实践的整体体系

## 中国古代慎刑思想的多元实践



中华优秀传统  
法律文化

□ 夏婷婷

慎刑思想是中国传统司法文化中的重要思想,这一思想形成了从理念传播到制度构建再到司法实践的整体体系。它不仅体现了古代先贤对民命的敬畏之心,也体现出古代统治者的仁政理想。慎刑思想在中国传统法文化中具有独特的司法智慧和实践理性。

### 慎刑思想的教谕功能

氏族社会时期,慎刑思想就已经出现。皋陶曰:“宵过无大,刑故无小;罪疑惟轻,功疑惟重;与其杀不辜,宁失不严;奸生之德,洽于民心,兹用不犯于有司。”这句话的意思是说,对偶然的过失,再大的罪过也给以宥赦;对明知故犯的罪恶,再小也处以刑罚;罚罪有疑问就从轻发落,赏功有疑问就从重给奖;与其杀害无辜的人,宁可犯不执行常法的过失;这种好生的美德,已经融洽到人民心里,因此,人民都能守规矩,不犯国法。皋陶这是对帝舜慎用刑罚、凝聚民心、国治有序的夸奖。这句话被法史学者当作上古时期慎刑思想的代表名言。宋人蔡沈在朱熹观点的基础上对这句话解释为:“非,罪;经,常也。谓法可以杀,可以无杀,杀之则恐陷于非辜,不杀之恐失于轻纵。二者皆非圣人至公至平之意。而杀不辜,尤圣人之所不忍也。故与其杀之而还彼之生,宁姑全之而自受失刑之责。此其仁爱忠厚之至,皆所谓好生之德也。”犯罪是经常存在的,法律可以杀人,也可以不杀。杀人害怕无辜的人民受害,不杀害怕放纵了罪人。这两者,都不是圣人想达到的公平公正的境界。杀害无辜的人,尤其是圣人所不能容忍的,所以与其杀了他不如放他生还,宁愿自己承受失刑的责任。这表现了圣人仁爱忠厚的品性,也就是所谓的好生之德。

历代统治者都非常重视对慎刑思想的确立和强化。唐代帝王尤重对慎刑思想的诠释和实践,例如,上元元年,肃宗皇帝诏曰:“自古百王,较慎刑法,盖以法者人之命,刑者国之权,苟或失其科条,固难措其手足。顷或奸臣擅命,中兴不修,遣使便行,哀敬何以示?自今已后,其有犯极刑者,宜令本司依旧三覆奏,庶平反之,人谓不冤,幽明之间,理皆无滥。”唐肃宗对慎刑的要求是能做到幽明两界,皆无冤滥。同时,历代统治者也笃信《易经》中的提示。《象》曰:“山上有火,焚;君子以明慎用刑而不留狱。慎刑如山,不

### 司法官对慎刑思想的具体实现

慎刑就要恤刑。《舜典》曰:“钦哉,钦哉,惟刑之恤哉!”“钦”是“敬”的意思,“恤”是“慎”的意思,此句重在强调“惟刑之恤者,惟慎刑也”。《礼记·王制》有云,“司寇正刑明辟以听讼狱,必三刺”“附从轻,凡制五刑,必即天论”。西周时期,中央司法官在处理听讼断狱之事时,必先讯群臣,二讯群吏,三讯万民。对附加的刑罚,力求宽出、从轻为宜。要注意附入从宽典,赦出从极典。凡断五刑,必须与天理相合。南北朝时期,北魏宣武帝曾下诏,诏书内容包括对明察五听审讯的要求、对枷杖刑具规格要求以及对中央到诸州各级司法官矜恕折狱,减少使用酷刑的要求。北魏王徽做御史官时,上言说为治之要略有五事:“一者慎刑罚,二者任贤能,三者亲忠信,四者远谗佞,五者行黜陟。”其中将慎刑罚列于首,不仅是因为“钦恤惟刑”的要求载于《唐典》之内,更是由于慎刑罚有其治国理政的实际价值,君主如果能够明刑罚则奸宄息,政治风气自然会朝健康发展,总的方针就是慎刑罚、重民命、防冤滥。

死刑犹须慎。慎刑的概念广于慎杀,慎刑重在强调慎用死刑。在“晋弓工妻”的故事中,弓匠三年制一弓,晋平公用此弓却射不穿一重甲衣,欲杀弓匠,弓匠妻子为其夫辩白时说:“妾闻羊牛践芨芨,周王恻然痛之,恩且及草木,而况不辜乎?秦穆公有盗食其骏马者,反饮之酒。楚庄王臣,有牵夫人之衣者,悉令绝缨。此三君者,仁著于天下,卒享其报,名垂至今,慎杀也……”弓匠妻子列举的周王、秦穆公、楚庄王都是历史上的贤君,她认为他们能名垂千古,在于他们三人部都心怀仁恕,慎用杀伐之权。

三法司为古代中央司法机构,大理寺乃人命所系之司,刑部、御史台都承载着对人命案件的复核和监察职能,因此,中央司法官为防止冤案的产生,所肩负的责任更重。皋吕、于张(皋陶、于定国、张释之)皆做大理寺官,四人被视为“庶狱明慎,刑辟端详”的代表,皋陶明于五刑,开慎刑之端,于张创设赎刑,于定国决狱平法,务在冤蠲,罪疑从轻,加审慎之心,故有“张释之为廷尉,天下无冤民,于定国为廷尉,民自无冤”之说。中国古代的“慎杀”理念深刻地揭示了如何让君主的仁恕之心具体化为司法官员“哀矜折狱”的职业操守。中国古代的“慎杀”传统经由历史故事的教谕与贤臣的司法实践,已然从一种治国理想逐渐沉淀为一种明确的司法责任。

在充分驳辩中让慎刑思想发挥实际功能。人命案不同于普通刑狱,负责审判定罪的司法官应不厌精详、慎之又慎。但是,一人的聪明才智是有限的,同僚、官属的集体智慧是无穷的。为此,古代司法机构专门设计了驳辩机制,确保案情能够得到充分讨论。这就将慎刑思想从司法官员的个人操守上升为制度保障。例如,当刑部与大理寺审断意见相左时,可往复辩驳。这并非简单的权力制衡,更是慎刑思想在争议案件中的真正实现。到了明代,这种驳辩技术已经发展得相当成熟,甚至出现了各种技术性总结。明代大理寺卿王概在其《王恭毅公驳稿》中,对驳稿程式进行了总结。其总结出的驳稿程式大概有九种,分别为驳正式、违式、不服辩式、有词式、参看招式、查原发式、查别起驳式、照驳式、调问式。每一种驳稿程式都对应着公文的作体例和说明的重点。如“驳正式”的体例为:大理寺为某事据左寺案呈该刑部某清吏司,发审犯人几名、某等几名、各某罪,系某等项发落云云。除审拟合律外,参看得数内某犯,该前罪合拟如何为允,今拟如何欠当,缘罪无出入就驳径自改正,与某等几名俱如拟发落,

今出某字几号勘合回报施行。从驳稿所列“驳正式”的文书写作体例可见,其用于一类拟律欠妥给予驳回自行修改的案件。这种高度格式化的驳议程式,为慎刑思想提供了稳定且具有可操作性的文本载体,使其不再依赖于司法官员的个人自觉,而是更加着重在文书往来过程中,意见相左者可以反复推敲,力求案件精准解决。

除了驳稿体例式的成熟,具体案例更能生动地展现驳辩过程中司法官员对慎刑思想的坚守。唐明宗天成三年七月,奉先令王延朗奏劾宗正卿李纾授予陵台县令张保嗣等各虚称试衔。大理寺断以许假官论,刑部详覆,称非许假。大理执之,召两司廷议,刑部理屈。该案刑部和大理寺的争议点是案件的定性问题,刑部不同意大理寺的定罪,认为李纾不构成许假官,之所以在是否构成许假官的问题上存在争议,是因为当时对“试衔”的规定不严格,有在考试问题上做手脚,甚至存在虚假考试的现象。最终,皇帝召集众臣展开廷议——最高级别的驳辩方式,由皇帝亲自参与,最终采纳了大理寺的意见,认定李纾构成许假官罪。皇帝同时下诏强调:“天下州府,例是假官,皆结试衔,或因勘穷,便关许假。已前或有称试衔,一切不问,此后并宜禁止。”借此诏令完善了“试衔”制度。“许假官案”完整地展示了法司之间从分歧到驳辩再到裁决的全过程,但这并非部门之间的权力斗争,而是在重大疑难案件上力求实现“疑罪惟轻”的慎刑宗旨。

我国古代的慎刑思想是中华优秀传统法律文化中的瑰宝,对当代司法实践仍然具有重要的启发意义。首先,慎刑思想蕴含着重民命的人文关怀精神,在司法办案中坚持以人民为前提提供了历史文化滋养。例如,古代慎刑思想中所蕴含的“哀矜折狱”的观念,内蕴法理情的协同,启发司法人员在严格执法、依法裁判的同时,关注案件的特殊情由及其背后的社会问题,力争做到法律效果与社会效益的双重实现。其次,司法公信力的建立离不开技术性和伦理性双重支撑。如北宋利用碑刻的直观方式向官员和社会传递慎刑思想,其教育的主体更加侧重于官员群体。当今,对司法从业人员进行职业伦理教育,提升司法从业人员的慎刑、慎断意识显得尤为必要。再次,传统司法中通过驳议、复核等制度,强制要求司法官员对案件反复推敲,本质上是通过程序性规定来约束司法权,防止司法人员个体的主观臆断。当前,可进一步完善和细化合议庭评议制度、死刑复核制度,让慎刑思想贯穿实体和程序全过程,以制度化的手段避免冤错案件的发生。

(作者为沈阳师范大学法学院副院长)