

## ■主持人

李 丹 上海市人民检察院第三分院检察官

## ■嘉 宾

林喜芬 上海交通大学教授、博士生导师

刘晓光 上海市人民检察院第三分院检察官

许春明 同济大学教授、博士生导师

翟 巍 华东政法大学副教授、硕士生导师

在涉外刑事案件中，域外证据的获取与运用是目前司法实践中的关键环节。然而，不同司法程序对域外证据的要求和认定标准存在显著差异，导致域外证据在不同司法程序间的相互转换面临诸多挑战，比如境外执法机关移送证据的审查原则以及域外证据的排除规则都值得深入思考。证据规则、证明标准以及法律适用原则均各有不同，面临着域外证据如何采纳的难题。

## 涉外刑事案件的证据转换

林喜芬：对于域外证据在我国转化使用的问题，2012 年之前，我国刑事诉讼法律规范采取的是“转化适用”的方式，而 2021 年最高法解释明确反映出以下转变：

一是基本尊重域外取证的标准和要求，如果符合我国的相关要求，则对其来源、提供者、提取时间等进行审查。二是如果有适用范围上的明确限制，则明确排除。根据司法实践中的办案需要，还要对适用范围进行解释，对除

外限制的效力是刚性解释还是弹性解释，都要进行相应的考量。三是区分形式审查和实质审查，在形式审查通过后，仍要针对真实性、关联性以及证明力进行审查，体现出递进式审查的模式，即先审查形式上的合法性，再进行实质上证明力的审查。

我认为，经域外执法机关获取的证据材料，如果明确“不得作为刑事证据使用”，就说明不符合刑事证据的要求，出于保障人权、程序公正的考量，要慎重采取“转化适用”的方式。

## 证据“不得用于刑事诉讼”的处理

刘晓光：根据我国《刑事诉讼法》第 75 条的规定，行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料，经法庭查证属实，且收集程序符合有关法律、行政法规规定的，可以作为定案的根据。值得注意的是，在我国海关与外国签订的一些双边条约或互助协定中，有约定通过海关互助获取的信息不得用于刑事诉讼。当出现上述我国参加的国际条约的内容与我国法律规定相冲突的情况时，可能产生域外证据在程序转换过程中效力认定的冲突。对此，司法实践中通常会有两种做法：一是侦查机关直接将相关证据附卷移送审查起

诉；二是侦查机关通过制作情况说明的方式，将相关证据转化为刑事证据使用。《刑法解释》也规定，有权机关在境外收集的证据，附有、移送有关材料来源、提供者、提取人、提取时间等情况的说明的，可以作为证据使用，但提供者或者我国与有关国家签订的双边条约对材料的使用范围有明确限制的除外。

翟巍：域外提供的证据材料，如果明确说明不能作为刑事证据使用，那我国要以条约信守或者双方互信作为原则，也不能作为证据使用，但是相关材料可以为取证提供一个调查方向，从这个方向再去收集其他相关证据。

# 涉外刑事案件的证据转换与审查



资料图片

## 涉外刑事案件的证据审查

许春明：知识产权领域的涉外证据审查，主要涉及著作权和商业秘密两个领域。著作权领域域外证据的审查具有复杂性，体现在权利基础证据往往都在域外，涉及外国权利人，首先需要解决权利基础问题。这些证据在形式上的审查，要看证据的主体以及证据是否认证、公证等，按照刑事诉讼法、民事诉讼法的规定进行审查。在国外的取证行为，尤其互联网上的证据，我认为在现在的技术条件下，可以采用时间戳等认证方式，具有唯一性和确定性，可以直接进行认定。关键问题是，在著作权领域，对证据进行实质性审查时，可能存在两个不同的法域，导致对作品的认定以及对权利归属的认定方式等不一致。在商业秘密

领域也有同样的问题，权利人一般会提供一系列的涉案证据，对这些证据在形式上进行认定没有问题，但在实际认定上存在困难，比如关于保密措施的问题，按照我国法律规定认定保密措施还是按照外国保密措施的标准进行认定？在实践中，就要依据案件的具体

情况予以综合考虑认定。这些问题更加凸显了在著作权和商业秘密领域中涉外证据实质性效力的认定复杂性。

翟巍：我认为需要注意两个方面。第一，电子证据要确保真实性、完整性，需要有技术手段的助力。在固定相应网页截图的时候，要借助时间戳等技术手段，或者通过公证处进行取证。检察机关提取电子证据，可以通过检察机关内部专业技术团队，在某些领域可能需要借助第三方的技术支持，目前技术赋能也是域外取证中非常重要的一个路径。在电子证据取证方面，还要考虑到目前各国对于数据保护的高度重视，对于数据跨境转移，有很多国际、国内的规则予以规制。比如，如果证据中涉及大量个人数据，那在寻求刑事司法协助时，我认为应当先对这些数据进行整合化、脱敏化处理再进行数据跨境转移。第二，涉外证据认定要保持本国的独立性。以商业秘密为例，商业秘密可能存在一个信息集合或者一套文件材料，对于是否属于商业秘密的认定，中国和外国可能并不一致。我认为，即使某涉外证据材料，国外法院认定不构成商业秘密，我国也不能当然地认为在域内也不构成商业秘密，而应该根据我国相关法律规定对于密点的认定来判断。

（发言整理：上海市人民检察院第三分院 王岚 静安区人民检察院 王嘉）