理论前沿

比例原则视域下电子侦查取证程序性规则构建

裴　炜

内容提要: 从程序正义的角度出发,犯罪侦查取证行为应当在打击犯罪与保障公民基本权利之间遵循比例原则。比例原则要求侦查取证行为满足四项基本要求,即目的正当性要求、手段目的匹配要求、谦抑性要求、成本收益平衡要求。四项要求层层递进,形成电子取证行为一整套内在逻辑自洽的程序性规范体系。电子证据的自身特性一方面使其成为一种独立的证据类型,另一方面这些特性也对基于比例原则四项基本要求所形成的传统侦查取证规则构成挑战。法律规范对于挑战的应对之策应当在比例原则的基本框架下进行,其中关键在于以个人权利受干预之程度为标准细化电子证据分类,并在此分类基础上明确取证行为的合理界限,为衡量权利干预之正当性提供评价标准。

关键词: 电子证据　正当程序　比例原则　宪法性权利　镶嵌论

裴炜,北京航空航天大学法学院副教授。

一　引　言

《中华人民共和国刑事诉讼法 "(下文简称《刑事诉讼法 ") 将电子数据列为独立的证据类型。一方面是对计算机等电子设备被广泛应用、社会生活高度电子化这一时代特征的回应; 另一方面则是从电子证据的自身特性出发,面对以传统证据类型为模型建立起来的证据规则,在应对新型证据时的不足所进行的探索性制度构建。在此背景下,&%!* 年!% 月最高人民法院、最高人民检察院和公安部发布了《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 "(下文简称《电子数据规定 ") ,主要从实体正义角度出发,围绕电子数据的真实性、可靠性问题设置了一系列侦查取证和证据审查规则。然而,&%!* 年的《电子数据规定》与 &%!% 年出台的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定 "(下文简称《死刑案件证据规定 ") 一样,均未对电子取证行为的程序问题加以关注,这种实体正义与程序正义的失衡也体现在学术研究和媒体探讨中。

当前,有关电子证据的研究主要包括以下两个方面: 其一是从电子证据的概念出发,

分析其与相关概念〔!〕以及其他证据类型的关系,〔&〕还包括对证据属性的探讨;〔)〕其二是从发现真相入手,探讨在确保电子证据真实性时应当遵守的规则。〔(〕但是,在如何联系并匹配电子证据的特性与相关取证规则方面的论述略显薄弱。同时,就电子证据取证程序这一问题,多从科技层面入手,对司法语境下的程序性规则构建关注较少。然而,电子证据之所以能够成为一种独立的证据类型,不仅在于证据的电子化,同时也意味着证据规则的电子化。而在规则层面,不仅意味着实体性规则的变化,也意味着程序性规则的相应改变。

本文从正当司法程序角度出发,分析电子证据对侦查取证行为所应遵守的基本程序性原则所构成的挑战,以期强化这一领域的研究力度和关注度。就传统取证行为而言,特别是当这种行为由国家权力机关实施或直接涉及相对人基本权利的情况下,约束这些行为并为其划定合理界限的首要原则是比例原则。比例原则的核心要义在于,在一定的价值导向下,实现手段与目的的适当匹配。在以寻求事实真相为首要目标,同时以尊重人权为必要限制的情况下,需要在证据采集措施与使用证据所要达到的目的之间寻求合理配置。从这一要义出发,可以推导出一系列具体的取证程序性规则,这些规则会因具体语境而有所区别,其区别的关键就在于如何理解“适当匹配”这一概念。就电子证据的取证行为而言,此类证据对相关程序性规则的影响恰恰体现在对“适当匹配”的重新解读。

基于此,本文试图回答两个问题,一是电子证据如何以其独特属性影响取证程序规则中比例原则的适用;二是在遵守比例原则基本要求的前提下,电子证据取证规则应当如何回应这种特性。从这两个问题出发,本文主要包括三个部分,首先,对侦查取证规则中的比例原则加以论述,并提炼出四项基本要求;其次,就电子证据的特性进行分析,并探索这些特性对比例原则项下基本要求构成的挑战;再次,通过借鉴其他国家及国际层面的相关立法与司法实践,分析如何建构具体规则使得电子取证行为符合比例原则的四项基本要求,以期为日后我国电子取证程序性规则建构提供思路。

二 比例原则与刑事侦查取证

由宪法确认的公民基本权利,除人格尊严等少数权利以外,其他诸如人身自由、通信自由和通信秘密等公民权利多为相对性权利,允许国家权力机关在特定情形下予以限制。以公民通信自由和通信秘密为例,我国《宪法》第 (% 条明确将其规定为公民的基本权利之一,但同时亦表明因“国家安全或者追查刑事犯罪的需要 $,并且“由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外 $,该权利不受侵犯。通过进行一般性授权与明确限权,宪法厘清了公民基本权利的边界。判断一项限制或侵犯此类基本权利的公权行为是否具有正当性,核心在于衡平赋权与限权背后的社会价值,而这正是比例原则介

〔!〕 参见杜志淳、廖根为 !数字证据、电子证据、科学证据、电子记录概念比较分析",!中国司法鉴定》&%!! 年第 (期,第 *(+*$ 页;戴莹 !电子证据及其相关概念辨析",!中国刑事法杂志》&%!& 年第) 期,第 #) +## 页。

〔&〕 参见杜明晓 !论电子数据与视听资料之混淆",!上海政法学院学报》&%!' 年第 ! 期,第 ((+($ 页。

〔)〕 参见刘品新 !论电子证据的原件理论",!法律科学》&%%" 年第 ' 期,第 !!" +!&# 页。

〔(〕 参见刘广三、向德超 !论电子证据的搜查、扣押",!北方法学》&%%# 年第 & 期,第 () +($ 页;刘品新 !论电子证据的定案规则",!人民检察》&%%" 年第 * 期,第)# +(% 页。

入并发挥功能的领域。

本文讨论的比例原则，是指公权力在依法限制公民基本权利时，用于衡量合法限制措施的必要性和充分性的一组规则。〔'〕 从这一概念出发，结合刑事司法的运行特征，可以引申出比例原则的四项核心要求。〔*〕 第一，采取限权措施所服务的目的具有正当性。第二，具体干预措施与该正当目的之间应当合理匹配。第三，不存在其他对公民基本权利干预程度更低但同时能够实现该正当目的的手段。以公民信息自由和通信权为例，如果其他措施能不侵犯公民通信自由和通信秘密而成功侦破刑事案件，则使用侵犯此类权利的侦查措施就违反了比例原则。第四，应当在实现该正当目的社会价值与防止限制公民基本权利所体现的社会价值之间达至平衡。以《宪法》第 (% 条的规定为例，这一要求表现为，在维护国家安全或打击犯罪与尊重公民个人信息自由和自主之间进行衡量。

总结上述四项要求，并为下文分析之便利，可以将其归纳为四项要求：目的正当性要求、手段目的匹配要求、谦抑性要求、成本收益均衡要求。尽管我国《宪法》没有明确规定比例原则，但该原则的核心要义已经贯穿于《宪法》精神之中。具体到刑事侦查取证领域，如果涉及到采取某项取证措施可能对公民基本权利构成限制的情形，应当适用比例原则，且该项取证措施在决定和实施的过程中应当遵守以上四项要求。

(一) 目的正当性要求

首先是目的正当性要求。将目的正当列为比例原则的第一要求，一者在于比例原则本身并非价值无涉，而是建立在特定社会群体所认同的基本价值基础之上；二者是因为目的正当与否是判断一项公权力行为是否符合比例原则的门槛。如不符合此项要求，则无需进一步探讨其他事项。所谓目的的正当性包含两层含义：一是实质正当性，即目的符合当前社会一般认同的价值；二是形式正当性，即正当目的必须为法律明确认可。〔#〕 而就社会认同之一般价值而言，又可再分为两种情形：一为保护另一种宪法所保护的基本权利，例如在个人尊严与言论自由之间进行权衡；二为保护社会公共利益，以维系国家机器的正常运转和社会秩序的稳定。

不同法域在具体解读社会认同的一般价值时会因其历史文化和政治经济等因素而有所区别，但仍然可以寻找到某些共性。刑事司法中的侦查取证行为，以查明案件事实并由此协助裁判者正确处理案件为目的，同时兼顾保护宪法认可的其他基本权利与维护社会公共利益两项任务，本身具有正当性。这也意味着当某项手段不再服务于刑事案件侦破，

〔'〕 V6<8?2 -<8<S，)"(*("+2($#42+,: 1($%+2+O+2($#4 >2C;+% #$. !;'2" 62'?2+#+2($%，78<2>;<549 @8?B 564 J4I84K I= C?8?2 W<;18，A<BI819D4: A<BI819D4 U21G48>15= :84>>，&%!&，E,)，

〔*〕 对于比例原则的具体构成要件或内涵，学者存在不同的认知，例如，以色列宪法学学者巴拉克(-<8<S) 在探讨宪法中的比例原则时，提出了比例原则的四项构成要件：目的的正当性、合理联系、必要性以及狭义比例。参见 V6<8?2 -<8<S，)"(*("+2($#42+,: 1($%+2+O+2($#4 >2C;+% #$. !;'2" 62'?2+#+2($%，78<2>;<549 @8?B 564 J4I84K I= C?8?2 W<;18，A<BI819D4: A<BI819D4 U21G48>15= :84>>，&%!&，EE,&() +&('。我国行政法学者一般将比例原则的构成要件划分为适当性、必要性和平衡性。参见杨登峰 ！从合理原则走向统一的比例原则"，！中国法学》&%!* 年第) 期，第 $$ +!%' 页。本文主要从刑事程序法的视角审视和应用比例原则，而这恰恰是以往研究中较为薄弱的部分。

〔#〕 也有学者将实质正当性与形式正当性表述为正当性(;4D151B<3=) 与合法性(;4D<;15=) %参见 [,X<2948 036=@@，62?82+#+2($ (& >2C;+%: D 5+O.，(& +;' /O"(*'#$ 1($3'$+2($ #$. +;' 5(O+; D&"29#$ K244 (& >2C;+%，O1^B4D42: b?;@ R4D<; :HIL;1>648>，&%%'，E,!(!。

或者自始不确定存在犯罪行为时，侦查取证行为的正当性就需要重新加以斟酌。

（二）手段目的匹配性要求

在满足目的正当性要求之后，进而需要就比例原则的手段目的是否相匹配进行检验。在进行进一步分析之前，需要强调的是，目的与手段的匹配并不涉及对效率的评价。换言之，即便使用该手段会带来巨大的社会成本，只要它有助于实现合理目的，即满足本项要求。同时，如果手段与正当目的无关甚至有损其实现，则其行使也构成对比例原则的违反。手段目的匹配更多是基于经验与逻辑法则进行的事实性判断，由此可以推衍出这一要求的四层含义：其一，手段目的是否匹配是个案判断；其二，是否匹配的判断通常需要在采取措施之前作出预测性分析；其三，在既有社会背景下，专业人员基于现有资源可以合理地判断该手段有助于实现其目的；其四，在尽到合理注意义务的前提下，允许误差的存在。以刑事搜查为例，侦查人员不得没有任何根据地对公民住所进行搜查，搜查令的获取通常要求侦查人员说明搜查场所与发现犯罪证据之间的联系，即搜查特定场所有助于采集与特定犯罪有关的证据材料。然而即便存在这样的事前判断，也并不意味着搜查最终必然能够发现相关证据材料，但只要事后审查时侦查人员能够证明，搜查系基于专业判断并尽到了合理的注意，即不能认定其行为违反手段目的匹配的要求。

即便手段与目的相匹配，仍然不能认定干预公民基本权利的手段或措施符合比例原则的要求。手段可以实现某个正当目的，并不意味着该手段是实现该目的的最佳选择。在判断何种手段构成“最佳选择”之前，需要在三个前提条件上达成共识：第一，存在两个或两个以上的选项；第二，无论这些手段具备何种形式、方式或内容，它们都有助于实现该正当目的；第三，这些手段在实现正当目的的程度上相类似。这里需要注意的是，是否存在其他选项以及其他选项的数量，在很大程度上取决于正当目的的概括性和宏观性。〔$〕以此三个条件为前提，再来分析衡量特定手段是否“最佳”的标准。分析这一标准可以从积极与消极两个角度入手：前者考察的是相对其他手段，所选手段是否可以节约成本或带来更大收益；后者则关注所选手段产生的副作用或危害是否相对更小。比例原则的后两项要求正是从这两个角度出发的。

（三）谦抑性要求

由于比例原则的适用首要解决的问题是如何划定特定手段干预公民基本权利的界限，因此我们的分析首先从消极角度开始，即所选手段与其他手段在干预基本权利的程度上的比较。比例原则的谦抑性要求对符合以上三个前提条件的手段，应当优先选取对基本权利干预程度最低的手段，即司法意义上的“帕累托最优 $%"〕 所谓“最低干预 $，可以从三个角度加以理解：一是对于同种权利不同程度的干预，二是对处于不同位阶的权利干预，三是涉及的权利主体或客体的范围。

就相同权利而言，例如为保证犯罪嫌疑人接受审前侦查和按时到庭接受审判，既可选择监视居住亦可选择审前羁押，两者均涉及到对犯罪嫌疑人人身自由的限制，但后者明显

〔$〕 正当目的越概括和宏观，则选项可能越多。

〔"〕 PH;1<2 Q1G48>，:8?E?851?2<;15= <29 X<81<I;4 N2542>15= ?@ Q4G14K，*’ 1#?:"2.C’ 6#- I(0"$#4 &%%*，E,!"$,

重于前者。此时如果监视居住足以达到使犯罪嫌疑人到庭的目的，则不应选取羁押手段。就不同权利类型而言，以保释和监视居住为例，两者分别针对的是财产权和人身自由权。如果通过缴纳保释金足以确保犯罪嫌疑人配合侦查并按时到庭接受审判，那么就无须采用限制人身自由的措施。正是基于这一考量，&%!& 年在修订《刑事诉讼法》时，对保释、监视居住和逮捕三种强制措施拉开了适用梯度，而“逮捕最后适用”本身即是国际人权规则体系公认的原则。就权利主体或客体的范围而言，以搜查为例，基于专业判断，如果所需证据材料仅需搜查犯罪嫌疑人本人住所便可获得，则无需将搜查对象扩展至其亲属的住所或其住所所在的整个社区。

(四) 成本收益平衡要求

即便手段或措施服务于正当目的并有助于实现该目的，同时相对于其手段或措施，其对基本权利的限制最低，仍然可能不符合比例原则的要求。究其本质，此项要求强调的是平衡采取某种手段所带来的收益与成本。所谓收益，结合比例原则的其他要求，可以将其描述为对正当目的的实现程度，例如通过搜查犯罪嫌疑人住所采集到的证据对证明案件事实的作用究竟有多大。所谓成本，主要包含两个层面：一方面，对宪法保护的权利所造成的干预，本身就构成一种司法执行的成本，可称为法益成本；另一方面，该成本也包含对时间资源、财政资源、人力资源等的消耗，本文称为资源成本。

当前各国立法与司法实践对侦查手段合理性之判断，大多会对以上两种成本有所衡量。(!%) 从法益成本的角度考量，例如对于窃听等严重侵犯个人隐私的技术侦查措施，立法一般会将其限定于严重犯罪，我国《刑事诉讼法》第 !$(条即采用此种态度，将技术侦查措施限定在“危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、重大毒品犯罪或其他严重危害社会的犯罪案件 $% 这并不意味着窃听、监控无助于破获小偷小摸之类的犯罪活动，只是，此时法益于保护与侵犯之间已严重失衡。就资源成本而言，#造成不必要之拖延”构成某项程序的例外情形并不罕见，而辩诉交易、简易程序、速审程序等制度体现出的都是这样一种对于司法资源的节约，更毋庸提“迟到的正义非正义”对刑事侦查活动提出的要求。

三 电子证据对比例原则的挑战

电子证据作为《刑事诉讼法》认定的法定证据类型之一，围绕其展开的侦查活动同样应当遵守以上要求。然而电子证据自身的特性对传统证据规则形成了不同程度的挑战。而要探明这些挑战，首先需要从电子证据的特性说起。

当前对于电子证据的研究不胜枚举，其中对其特性的探讨亦相对成熟，而这些特性的概括大多是基于电子证据与其他证据类型相比较得出的。总结目前已有研究成果，可以大致概括出电子证据的几个特性。从正面的角度来讲，首先是电子证据原件与副本的高度一致性，这也是当前电子证据领域共通的“视为原件”原则的主要依据；其次是变动痕

(!%) 参见 P, -?B6?@@，-<;<2312D，564 [;?I<; <29 564 R?3<;: PH9131<; -<;<2312D <> < :8?I;4B<513 7?E13 12 A?BE<8<51G4 (A?2L >515H51?2<;) R<K，)! <#%+2$C% M$+= N 1(?*= 6= >'3, ，&%%$，E, ' ' '。

迹的可追踪性，即对于电子数据的任何操作所造成的影响，在原始数据层面是以叠加的方式发生；最后是不易毁灭性，原始电子数据并不会因为单纯的删除操作而被彻底清除，同时它也有可能在使用者不经意间被分散式存储。[!!] 这些特性使得大量电子证据碎片得以保留下来，为犯罪侦查提供丰富的材料。但反过来讲，这些正面特性在某种程度上又构成电子证据的固有缺陷，即电子证据的正反特性是一体两面。首先，电子证据具有脆弱性，即与原始电子数据的任何接触都有可能造成数据变动；其次，基于叠加特性，构成电子证据的原始数据通常体量庞大而存储源众多，不易全面搜集和分析；最后，电子证据原件与附件之间精准复制的基础恰恰在于其弱个性化特征，这也导致电子证据大多是间接证据。

基于电子证据的以上特性，再来分析这些特性对侦查过程中遵守比例原则可能造成哪些影响。

（一）电子证据特性对正当目的要求之挑战

基于电子证据的脆弱性、易变性等特性，对原始电子数据的日常保存和保全就变得尤为关键。从各国立法与司法实践来看，存在两大趋势。第一个趋势是不断强化网络服务提供商的数据存留、提供义务，其中以欧盟过去 &% 年间就个人数据保护与存留之间的立法拉锯为典型。[!&] 欧盟成员国相继建立类似制度，而德国相关立法经过宪法法院否决之后，又于 &%!’ 年 !& 月通过了《通信数据的存储义务与最高存储期限引入法 "(-[-N,N,O, &&!$) % 第二个趋势是以侦查机关为代表的公权力机关也在构建自己的公民个人信息数据库，其中以电子形式存储的指纹、COV 等生物信息较为常见。

比例原则要求的目的正当性并非概括式，而是基于个案审查对权利保护之例外的确认和许可。以欧盟《数据存留法》为例，该立法对网络服务提供商没有授权，而是进行一般性义务设定。在这种情况下，对于电子数据的存留被常态化、合法化，而不加干预反倒成了例外。这一趋势伴随着恐怖袭击的升级进一步加强。&%!* 年（月 !(日欧洲议会通过的《预防、发现、侦查、起诉恐怖犯罪和严重犯罪中使用乘客姓名记录的指令》[!)] 即是一例。

（二）电子证据特性对手段目的匹配要求之挑战

公权力对个人电子数据的事前存储行为与刑事司法顺利进行这一正当目的之间是否有直接的联系，对此不能一概而论。最为典型的例子是以预防恐怖活动为目的对所谓可疑人员的数据存留或监控，[!(] 以及为预防或打击犯罪为目的对被法院宣判无罪或被检察院不起诉处理的公民个人数据的存留。[!’] 这些手段的共性在于，对于相关电子数据的采

[!!] M?D6<2 A<>4=，A2C2+#4 /32.’$9’ #$. 1(?*0+’" 1"2?’: B("’$%29 592’$9’，1(?*0+’"% #$. +;’ M$+’"$’+，)[89]，b<;56<B，A<;1L @?821< <29 R?29?2: M;>4G148，&%!!，EE,&’ +&*,

[!&] 参见裴炜：比例原则下网络犯罪侦查中服务提供商的信息披露义务"，《比较法研究》&%!* 年第（期，第 "& + !%(页。

[!)] 参见 C184351G4（MU) &%!*c*$! ?@ 564 MH8?E4<2 :<8;1<B425 <29 ?@ 564 A?H231; ?@ &# VE81; &%!* ?2 564 U>4 ?@ :<>>42D48 O<B4 Q43?89（:OQ) C<5< @?8 564 :84G4251?2，C4543512?2，N2G4>51D<51?2 <29 :8?>43H51?2 ?@ 7488?81>5 ‘@@4234> <29 0481?H> A81B4，<G<1;<I;4 <5 655E:c c9I，4H8?381B，?8Dc9Ic42c9?3c&($’，E9@，最后访问时间：[&%!* + !! +%’]%

[!(] 参见 N<2 -8?K2 Y C?HK4 W?8@@，7488?81>B <29 564 :8?E?851?2<;15= ?@ N2548245 OH8G41;;<234，/0"(*’#$ I(0"$#4 (& 1"2?28 $(4(C,，*,&（&%%")，!!" +!)(。

[!’] 相关案例参见 @=O=3=B"#$9’，2?,!"’’&&c%"，MAJQ !$ VE81; &%!)；5=#$. @#"*’" 3=+;’ P$2+’. O2$C.(?，2?,)%’*&c %(<29)%’**c%(，MAJQ C434BI48 &%%$。

集和存留以当前或过去的犯罪嫌疑为启动要件，但就其功能而言则是面向未来可能发生的犯罪风险。例如，在欧洲人权法院 &%%$ 年 0, <29 Z<8E48 G, 564 U21549 W12D9?B [!*] 一案中，申诉人因犯罪指控被警察记录其指纹和 COV 样本以及 COV 电子信息，之后申诉人被撤销指控，但英国警方拒绝销毁相应样本并清除相关电子信息记录。欧洲人权法院认为尽管英国政府提交了一系列数据和案例试图说明对于 COV 信息的存储有助于侦查人员查明犯罪，但这些数据和案例无法解释清楚 COV 信息库在多大程度上协助警方破案，同时也无法论证通过其他方式无法查明这些犯罪。因此尽管英国政府宣称本国 COV 信息库的建设在一般意义上服务于预防和打击严重犯罪这一正当目的，但由于无法在具体案件中论证打击犯罪的目的是如何通过存储的 COV 信息来实现的，最终欧洲人权法院判定该信息存储构成对《欧洲人权公约》第 $ 条所保护的个人生活及隐私权的侵犯。

从另一个角度来讲，电子数据的超大体量、存储源多且分散等特征，使得侦查人员难以在侦查伊始便确定与犯罪相关的电子证据包括哪些、可以从哪里搜集。换句话说，如果传统实物证据的搜集方式是以计划指导侦查，那么电子数据侦查则是“摸着石头过河 $% 在目标数据或相关信息被加密或隐藏的情况下，或者当数据存储于云端时，[!#] 在侦查开始前明确侦查计划和范围就变得愈加困难。面对电子证据的这些特性，镶嵌论开始在刑事司法领域兴起。镶嵌论最初是用于指导情报搜集活动的。该理论认为，分散的信息碎片尽管对于其占有人来说没有价值或价值有限，但将这些碎片组合起来则会产生不可估量的整体价值。

&%!& 年的 U21549 O5<54> G, P?24> 案，(&&) 该案涉及到在机动车上安装全球定位系统以便搜集该机动车的位置记录这一侦查措施的定性，法院最终认为该措施构成美国《宪法第四修正案》的“搜查 $%

同时，电子数据极难适用传统无证搜查的相关规定。以美国为例，根据其《宪法第四修正案"！联邦证据规则"！电子交流隐私法 "(/4’9+"($29 1(??O$29#+2($%)"23#9, D9+) 中有关搜查令状的规定，目视搜查、同意和紧急情况是可以进行无证搜查的三种主要情形。在电子证据的语境下，基本上不存在不经任何操作而单凭观察发现相关数据的情形。而基于同意的无证搜查则受限于明确且具体的同意范围，因此电子证据能否适用无证搜查本身就是一个难题。

(三) 电子证据特性对谦抑性要求之挑战

电子数据体量庞大、存储源多且碎片化等特征同样对比例原则的谦抑性要求形成挑战。

挑战首先体现在 Z<8E48 案中所提及的数据存留方式方面，即针对电子数据的采集和

间，就是否能够以侦破恐怖主义犯罪为由专门设计软件，破解 N‘O $ 操作系统而产生的争议。(&)) 尽管该争议最终以第三方软件破解的方式暂告一段落，但该案件仍然凸显出当前电子取证过程中维护社会安全及秩序与维护个人信息安全这两种权益之间的巨大冲突。如果更进一步，该解锁手段或者设计系统后门可能适用于任何一部个人苹果手机，则冲突可能将更加激烈。

在这种冲突背后逐渐扩张的是国家在保障个人权利打击犯罪过程中的积极义务。以《网络犯罪公约》为例，其第’章明确规定了国家在打击网络犯罪时应当通过立法或其他方式提供有效的犯罪侦控手段。欧洲人权法院也通过一系列案例强化数字环境下的国家积极义务，这些案例主要涉及网络环境中对儿童的保护、(&(对网络色情的监控、(&’) 对社会少数群体的保护、(&*) 对贪腐案件和金融案件相关信息的披露等。(&#) 通过这些案例，欧洲人权法院确立起国家积极义务的一些基本要素，主要包括避免个人遭受奴役、贩卖等非人道待遇；保护个人免于生理和性方面的伤害；对抗种族主义、仇恨言论、歧视、暴力和恐怖主义等。(&$)

从弱化权利干预强度的角度来看，在数字环境中，采集单个电子证据碎片并不必然对相关主体的基本权利构成侵犯，而传统令状主义往往独立针对单个取证行为并分别进行司法审查。由此产生的后果是，即便多个取证活动整合之后可能侵犯相对人个人权利，也难以寻求到正当理由对单个取证行为加以规制。(&")

法益均衡层面这样一强一弱的两大趋势，实际上使得干预公民基本权利的行为更加容易被正当化，至少在形式要件上，取证行为更易满足比例原则的基本要求。甚至有学者认为，比例原则本身正在对宪法性权利构成威胁。()%)

除法益均衡以外，电子取证对于收益成本均衡的另一个层面同样带来巨大挑战，即司法资源均衡。基于以上分析可以看出，要想采集到真正与案件有关联的证据材料，在电子数据领域可能需要多次取证、多源取证，涉及的数据体量远远超过传统证据类型。()!) 早

(&)) 参见 C<G19 b，‘E948I43S Y PH>512 JH8K15F，VEE;4 G，.-N: -814@ 12 OHEE?85 ?@ O415648 :<85= 12 0<2 -482<8912? NE6?24 A<>4，!% Z<836 &%!*，<G<1;<I;4 <5 655E: c cE<E48>，>>82，3?B c>?;) cE<E48>，3@B? <I>58<35m19 n &#(*!%%，最后访问时间：[&%!* +%’ +&’] %

(&(例如 O= P= 3= B2$4#$.，2?，&("’%c"(，MAJQ A?BB1>>1?2 9431>1?2 ?@ !’ Z<= !""*; @(03’?’$+ "#R42’$ %O2%%’ 3= 5-2+S’"8 4#$. [[A]，2?，!*)’(c%*，MAJQ &%!&; @= 1= 3= K04C#"2#，2?，)"&#& c"$，MAJQ &%%) + /NN。

(&’) 例如)’""2$，)#，3= +;’ P$2+’. O2$C.(?（943，)，2?，)&#"& c%’，MAJQ !* O?G4BI48 &%%$。

(&*) 例如 BT"’+ 3= K’4C2O?，2?，!’*!’c%#，MAJQ !* PH;= &%%"; U244’? 3= B"#$9’，2?，!%$$) c%’，MAJQ !* PH;= &%%"。

(&#) 例如 U，*，9; 3=)(4#$.（943，)，2?，&(&$c%’，MAJQ &’ ‘35?I48 &%%’。

(&$) 参见 MA5JQ Q4>4<836 C1G1>1?2，N2548245: A<>4L;<K ?@ 564 MH8?E4<2 A?H85 ?@ JHB<2 Q1D65>，&%!’，<G<1;<I;4 <5 655E: c c KKK，4368，3?4，125 cC?3HB425> cQ4>4<836m84E?85m12548245mMO[，E9@，最后访问时间：[&%!* +%’ +!%] %

(&") 参见‘812 0，W488，764 Z?><13 764?8= ?@ 564 .?H856 VB429B425，!!! @29;=6= >’3=，&%!&，EE，)!! +)’%。

()%) 参见 O5<G8?> 7><S=8<S1>，:8?E?851?2<;15=: V2 <><H;5 ?2 JHB<2 Q1D65>? M$+’"$#+2(&#4 I(0"$#4 (& 1($%+2+O+2($#4 6#-，#())&%%"，EE，!+&*。

()!) 参见 P<>?2 Q，-<8?2，R<K 12 564 VD4 ?@ MT<I=54>: 0?B4 .H85648 76?HD65> ?2“N2@?8B<51?2 N2@;<51?2”<29 AH88425 N>>H4> 12 MLC1>3?G48= 04<836，!# >29;=I=6 N !’9;="（&%!!)；P<>?2 78<6<2，‘G48K64;B12D X?;HB4 ?@ M;4358?213 MG194234 7684<542> 5? 78<2>@?8B PH>5134 0=>54B，!;’ A#44#% @("2C 7’-%，)% ‘35?I48 &%!!，<G<1;<I;4 <5 655E: c cKKK，9<;;<>L 24K>，3?B c24K> c381B4 c64<9;124> c&%!!!%)%L2G48K64;B12DLG?;HB4L2@L4;4358?213L4G194234L5684<542>L5?L58<2>@?8BL^H>5134L >=>54B，434，最后访问时间：[&%!* +%(+!’] %

在 &%%# 年美国联邦司法中心发布的报告就已经关注到电子数据激增对现有证据规则构成的巨大挑战。()&) 以电子邮件为例，相关研究显示，&%!(年全球共有电子邮件账户约 (! 亿个，平均每日商务邮件往来可达到 !%$# 亿封，到 &%!$ 年这两项数字预计将分别增长至 '& 亿个和 !)"(亿封。()) 无论对于当事人还是司法机关，如此庞大的数据体量使得司法取证、存证、质证、认证成本骤增，甚至在某些情况下，特别是在民事诉讼的审前证据交换环节中，电子证据取证和举证已经演变成一种诉讼策略，通过要求相对方提供所有相关电子证据，进而形成对方的高额诉讼成本来增强己方的谈判筹码。)( )

四　基于比例原则的电子取证规则构建

电子证据之所以能够成为一种新型证据类型，其根本原因在于电子或数据形式本身会对证据的相关属性产生影响，进而对侦查权行使过程中所应遵守的比例原则提出挑战。在取证环节，无论从比例原则的哪一项要求出发，都需要以平衡公民基本宪法权利与司法真实两项价值为基础，针对电子证据的自身特性构建具体取证程序性规则。

(一) 基于正当目的要求的取证规则构建

这里有两个核心问题需要解决: 其一是以打击犯罪为代表的公共利益这一正当目的的适用范围;　0 Tr　14.749327 0 0 14.749327 0 -13.274394 Tm　11.1447 TJ　0 0 45题需要解决

二，该区分意味着在后一阶段，原则上以某项特定目的搜集的电子证据不得直接用于正当化其他取证行为。第三，当某一具体的正当目的不存续时，法律应当设置相应的程序，使得依目的搜集的电子数据可以被及时销毁或删除。

通过在正当目的层面对电子取证行为进行限定并加以区分，可以从规范层面降低大规模存留的电子数据被滥用的风险，同时也为后期司法认定取证行为的正当性提供相对明确的依据。在此基础上需要进一步在手段目的匹配性层面调整取证规则。这一判断发生在电子取证的第二阶段，即在具体案件中提取、使用、存留与特定主体相关的电子数据，使用的手段与目的是否匹配。

（二）基于手段目的匹配要求的取证规则构建

在电子证据语境中，个案审查取证手段与目的的匹配要求受到的挑战主要体现在侦查行为许可或令状的适用上，这涉及到以下两个相互联系的问题。

第一个问题是针对个人电子设备进行搜查时，令状或特定许可应当将搜查范围明确到何种程度。从美国相关判例来看，目前所形成的原则性共识是将计算机视为封闭的空间，特定主体对其享有合理的隐私期待，从而对该电子空间的取证规则适用物理空间的相关规定。[()#)] 但是该共识在实际操作中仍然存在大量灰色地带，例如，是计算机本身构成一个封闭空间，还是其中每一个硬盘分区[()$)] 甚至每一个文件夹[()")] 单独构成一个物理环境意义上的封闭空间。对于“封闭空间”的认定将直接划定取证行为的限度，超出此范围则应被视为手段过当。

欧洲人权法院也面临着相同的问题。例如在 &%!& 年的 Q?I<5612 G, VH>581< 案[((%)] 中，申诉人被控实施盗窃罪、挪用公款罪和诈骗罪，侦查人员对其办公设备中的电子数据进行了搜查和扣押。法院认为，尽管侦查人员在搜查过程中提供了一些程序性保障，但概括式取证本身未能依照相关性对申诉人的电子数据加以区分，违反了《欧洲人权公约》第 $ 条的规定。

通过观察域外案例，可以总结出当前在令状层面判断电子取证手段目的匹配性的两个共识：一是从实践层面否定对电子证据的概括式搜查和扣押；二是从规范层面否定立法的概括式授权，并强调个案审查。

鉴于令状或特定许可的适用前提是相对人对搜查取证行为指向的环境或区域享有合理隐私期待，还涉及到特定主体对于在互联网服务平台存储或处理的数据是否仍然享有此种期待，进而以此决定是否需要令状或特定许可。[((!)] 从国际层面来看，对于传输或存

()#) 参见 P$2+'. 5+#+'% 3= <'9H'$H#?*，($& .,)9 !!(&，!!(* ("56 A18, &%%#)；P$2+'. 5+#+'% 3= KO9H$'"，(#) .,)9 ''!，''(2, &((56 A18, &%%#)；P$2+'. 5+#+'% 3= 62&%;2+S，)*" .,)9 !#)，!"% (&9 A18, &%%() %

()$) 支持此种观点的判例，如 P$2+'. 5+#+'% 3= >0$,#$,&#' .,)9 ((",(*(+*' ('56 A18, &%%!)，法院认为单个硬盘分区构成一个封闭空间，侦查人员可以搜查其中的任何文件夹并采集证据。另参见)'(*4' 3= /?'"%($，#** O,], 0, &9 ($&，($$ (O,], 0HE, A5, &%%)) %

()") 例如 FO'%+ 3= 6'2%，&'' .,)9)&'，))' (*56 A18, &%%!) %

((%) >(:#+;2$ 3= DO%+"2#，2?,)%('#c%*，MAJQ PH;= &%!&,

((!) 参见 -8<29?2 7, A8?K5648，(UO) Q4<>?2<I;4 MTE435<512?2 ?@ C1D15<; :81G<3=，! KQP 6#- >'32'-，&%!&，EE,)() +)#%; P<B4> /, C4BE>4=，C1D15<; 04<836 Y 041FH84: UE9<512D :81G<3= :8?54351?2> 5? W44E :<34 K156 74362?;?D=，")')"#9= 6= M$%+= Ⅷ)#+，&%%$，E, '()。

储在网络服务提供商处的个人数据，目前存在两方面共识：一是公民对于此类数据享有隐私权或与之相关的数据权利；二是针对不同类型的个人数据，隐私期待的程度会有所不同。

就隐私期待之确认而言，欧洲人权法院藉由 !"$# 年的 R4<2948 G, 0K4942 案〔(&〕，确认了单纯的数据存留行为足以构成对个人隐私的干预，此种定性与后续行为之性质或目的无涉。加拿大最高法院在其标志性案件 Q, G :;<25〔()〕中认为，如果相关数据足以透露特定个人的生活模式和个人选择等信息，则对该数据的采集应当遵守保护个人隐私之相关规定。这一认定在 &%!(年的 Q, G, 0E42348 案〔((〕中被扩展至用户在网站上的注册信息。在美国，由 !"*# 年的 W<5F G, U21549 05<54>〔(')〕一案确立的第三者条款也随着网络技术的不断发展而受到挑战，一方面法院仍然在许多案件中以第三者条款否认个人对其提供给网络服务提供商的信息的合理隐私期待；〔(*〕另一方面随着 W=;;? 案〔(#〕和 P?24> 案〔($〕的出现，未来美国法院的判决将向着扩张认可互联网合理隐私期待的方向发展。〔("〕 最新的进展显示，第四巡回上诉法院在 U21549 05<54> G, [8<6<B 案的判决中，认为个人对于依据电信蜂窝塔记录下的位置信息享有合理隐私期待。〔'%〕

从隐私期待的程度划分来看，!网络犯罪公约》及其相关说明对个人数据的分类〔'!〕以及在此基础上要求公约成员国建立相应的个人数据保障机制即为一例。一般认为，相对于注册人信息和交互信息，内容信息直接涉及个人隐私，因此对于内容信息的取证活动应当受到更为严格的程序性限制。

同时，即便针对同种类型的电子数据，其取证规则也呈现出不断精分的特征。以欧洲人权法院对 Z<8E48 案〔'&〕的判决为例，法院不仅确认以电子形式存储的个人生物数据受到《欧洲人权公约》第 $ 条保护，更进一步从干预个人隐私的程度对指纹、细胞样本和 COV 信息进行了区分，其中由于 COV 数据包含大量可以直接识别出数据主体的健康状况、种族、血缘等个人信息，相对于其他两种类型的生物数据对个人隐私的干预程度更高，

〔(&〕 6'#$.'" 3=5-'.'$，&* Z<836 !"$#，r ($，04814> V 2?,!!*，相关案件参见 D?#$$ 3=5-2+S'"4#$. [[A] 2?,&##"$c "'，MAJQ &%& +NNN; J#$.'" J'4.'$ 3=+;' 7'+;'"4#$.%(943,) 2?,&"'!(c%'，MAJQ &%%* + /X。

〔()〕 >=3=)4#$+，[!"")]) 0,A,Q,&$!,

〔((〕 >=3=5*'$9'"，[&%!(] 0AA (),

〔(')〕 O#+S 3=P$2+'. 5+#+'%，)$" U,0,)(#，)'!(!"*#)，在互联网以外的环境中，早期案件对于个人电子数据的保护时常因第三者条款而失效，例如 P$2+'. 5+#+'% 3=@244'"((&' U,0,()'(!"#*))案中政府对于银行客户数据的提取，5?2+;3=@#",4#$.(((& U,0,#)'(!"#"))案中从电话公司提取被告的拨号记录等。

〔(*〕 例如 P$2+'. 5+#+'% 3=)'""2$'，'!$.,)9!!"*，!&%((!%56 A18,&%%$)；P$2+'. 5+#+'% 3=B(""'%+'"，'!& .,)9 '%%，'%)("56 A18,&%%#) %

〔(#〕 O,44(3=P$2+'. 5#+'%，'))U,0,&#(&%%!),

〔($〕 P$2+'. 5+#+'% 3=I($'%，!)& 0,A5,"(' (&%!&),

〔("〕 参见 Z<812< Z,A?8948?，764 76189 :<85=Q43?89> C?358124 12 564 C1D15<;VD4 <29 N5> Q?;4 12 O<51?2<;043H815=，7#+2($#4 5'90"2+，6#- K"2'&，VE81;)%，&%!*，<G<1;<I;4 <5 655E:ccKKK,2<51?2<;>43H815=;<KI814@,3?Bc564L56189LE<85=L843?89>L9?3L58124L12L564L91D15<;L<D4L<29L15>L8?;4L12L2<51?2<;L>43H815=c，最后访问时间 [&%!*+%'+%']%

〔'%〕 P$2+'. 5+#+'% 3=F"#;#?，$(* .,0HEE,&9)$((C,Z9,&%!&),

〔'!〕 其他分类例如元数据与内容数据。关于个人数据的分类和概念分析，参见 0?E614 05<;;<L-?H91;;?2，MG<2D4;1< :<LE<9<S1 <29 71B A6?K2，Z45<9<5<，78<@@13 C<5<，A?BBH213<51?2> C<5<，048G134 U>4 N2@?8B<51?2 … b6<5 1> 564 C1@@48L4234？C?4> 564 C1@@484234 Z<5548？V2 N254891>31E;12<8= X14K @8?B 564 UW，A#+#)"(+'9+2($ ($ +;' @(3'，Z<= &%!'，EE,()# + (*)。

〔'&〕 参见 5=#$. @#"*'" 3=+;' P$2+'. O2$C.(?，2?,)%'*&c%(<29)%'**c%(，MAJQ C434BI48 &%%$。

因此对于 COV 数据的取证和存证应当受到更为严格的限制。

除对作为侦查对象的电子数据类型进行分类以外，&%!* 年通过的《欧盟 &%!*c$% 号指令》提出，应当在对案件所涉不同主体加以区分的基础上，对在犯罪侦破过程中搜集的个人数据进行分类。(')) 其中，对于犯罪人的数据采集和存储，可能服务于分析相关犯罪或者预测犯罪模式，有助于侦破案件；而对于被害人、证人或无罪释放的人进行此类数据收集，则很难说有利于实现相同目的。因此数据主体不同将直接影响到手段与目的之匹配程度。

(三) 基于谦抑性要求的取证规则构建

谦抑性要求一方面强调取证方式的谦抑性，即如果存在多种取证手段，应当使用对个人权益干涉最低的一种；另一方面强调取证对象的谦抑性，即如果有多个数据来源，则选用对个人权益干涉最弱的一种。

从取证方式的角度来看，！欧盟 &%!*c$% 号指令》在第 &* 项中明确提出，基于处理犯罪之目的而进行的对个人数据的处理，只能在其他手段无法合理实现相应目的之时才能采用。这一点与比例原则的第二项要求紧密相连。一方面，如果通过搜集与数据主体的隐私及个人数据权利联系较弱的注册人信息或交互信息即可查明案件事实，则无需通过数据监听、监控等动态取证方式。另一方面，通过取证活动获取的个人数据，应当明确其存储期限，避免对个人相关权益造成长期或不定期的干扰。以欧盟委员会 &%%* 年《数据存留指令》为例，其中对于电子交互信息的存留期限设定为 !& 个月，尽管该指令在欧洲法院的判决中被推翻，但其中对于个人数据设定存储期限的规定为《欧盟 &%!*c$% 号指令》所继承。

就不同的数据来源而言，电子证据的出现使得与个人权益相关的数据有可能从第三方获得，而在电子取证规则构建早期，这种多源性为司法机关取证行为构建了合法性渠道，即通过利用规则漏洞绕过数据所有人或占有人，从包括网络服务提供商在内的其他数据源取证。然而根据对比例原则第二项要求的分析可以看出，当前发展趋势是逐渐弱化电子证据在来源方面的差异，以证据本身侵犯个人相关权益作为限制取证行为的依据。据此，包括《网络犯罪公约"*！欧盟 &%!*c$% 指令》以及《自然人个人数据保护条例》('() 在内的国际性规范体系，都以通过处理电子数据能否识别出特定主体作为评价取证行为的标准；而 COV 等生物数据、[:0 定位或蜂窝定位数据、个人医疗健康数据等也逐步被纳入到个人数据保护的范畴之中。

(四) 基于收益成本均衡要求的取证规则构建

成本收益均衡要求需要从三个层面对电子证据特性提出的挑战进行规则构建上的回应。

首先是对强化电子取证之收益所构成的挑战。如前所述，这方面的挑战主要集中在

(')) 参见 764 C184351G4 (MU) &%!*c$% ?@564 MH8?E4<2 :<8;1<B425 <29 ?@564 A?H231; ?@&# VE81; &%!*，<G<1;<I;4 <5 655E:cc43, 4H8?E<, 4Hc^H>5134c9<5<LE8?54351?2c84@?8Bc@1;4>c9184351G4m?^m42, E9@，最后访问时间 [&%!*+%'+%$] %

('(参见 Q4DH;<51?2 (MU) &%!*c*#" ?@564 MH8?E4<2 :<8;1<B425 <29 ?@564 A?H231; ?@&# VE81; &%!* ?2 564 :8?54351?2 ?@O<5H8<; :48>?2> K156 Q4D<89 5? 564 :8?34>>12D ?@:48>?2<; C<5< <29 ?2 564 .844 Z?G4B425 ?@0H36 C<5<，<G<1;<I;4 <5 65L5E:cc43, 4H8?E<, 4Hc^H>5134c9<5<LE8?54351?2c84@?8Bc@1;4>c84DH;<51?2m?^m42, E9@，最后访问时间 [&%!*+%'+%$] %

恐怖主义犯罪和有组织犯罪领域，而“隐私已死”的论调也并非罕见。[''] 从目前世界范围内的立法动向来看，这一趋势在短期内不会有所减缓，因此，各国应对的重点集中在，如何平衡采取有效措施打击犯罪这一国家积极义务与降低对公民合法权益的干涉这一消极义务。

要实现平衡，需要相关权力机关依据个案具体情况，从事前审查、事中监督和事后审查三个方面强化法律规制。从比例原则的相关要求出发，事前审查需要对取证目的的正当性以及手段的必要性和合理性进行评价，对相关取证人员的权限和专业资质进行审查。从事中监督的角度来看，一方面加强对关键环节的审批制度，例如对特定电子物证的扣押等；另一方面则需要对电子证据的存储、转移、披露、使用等处理手段的科学性、规范性和合法性进行监控。事后救济则需要确保存在有效渠道使得权利人可以制止对其个人数据的不当干预，并在原则上确保在正当目的实现之后及时销毁个人数据。

以上监控的实现依赖于规则体系的构建，无论通过立法或其他方式，均需要对程序性规则进行明确规定，明晰相关主体的权利义务，细化每项取证程序的实体和形式审查标准。这也是当前国际立法的共同趋势，例如《欧盟 &%!* c$% 指令》第)* 条就强调成员国应当就处理个人数据设定具体程序，包括数据转交时的指令、告知、禁止传播该数据的命令等。

其次是弱化个人权利干预强度的挑战，主要涉及到对信息碎片进行一系列取证活动，并最终形成对特定主体相对完整的个人信息集合，这些活动是否还需要经过令状之许可。从某种程度上讲，镶嵌论一方面揭示了这一问题，另一方面也为解决该问题提供了思路，即将此类取证行为视为相互联系的数个阶段的统一整体，只要其整合出的信息库足以构成对相对人隐私权、个人数据自主权等权利的干预，则该行为适用传统证据规则对单个取证行为的规定。

这正是 &%!& 年美国最高法院在 U21549 O5<54> G, P?24> 案例中所采用的思路。[''*] 本案中，为了掌握犯罪嫌疑人的具体位置，侦查人员通过人员监视、调取手机信号塔关于某一特定手机的位置记录以及车载 [:O 追踪。在以上三种定位措施中，前两者都已获得相应的令状许可。就第三种措施而言，侦查人员在特定车辆内安装 [:O 定位设备之前获得了司法令状，但实际安装设备的日期超出了令状规定的期限，而侦查人员依据已经 10.77089 0 0 10.77089 0

“量化隐私权”模式。('$) 该模式与比例原则的另一项要求 &&& 谦抑性要求 &&& 形成呼应，即尽管依据谦抑性要求，应当对个人数据进行分层，并采集对个人基本权利侵犯程度最低的数据，但具体到如何判断侵犯程度高低，以内容信息作为标准已难以有效应对镶嵌论中强调的信息累加价值了。

最后是从司法运行成本的层面提出的挑战。电子证据的自身特性使得取证内容体量剧增，带来的是人力、物力、财力和时间方面的成本大幅度增加，以至于成本考量在比例原则的框架下权重不断加大。('") 过去十年间，!美国联邦民事诉讼规则》在电子存储信息(MON)证据开示方面的规则变迁，可以从一个侧面反映出这种趋势对取证活动的影响。根据该《规则》第 &*(I)(&)(-) 条的规定，不恰当的负担或成本构成一方当事人证据交换义务的例外，而第 &*(I)(!) 条也明确将比例原则列为划定证据交换范围的标准。

针对这样一种趋势，加拿大赛多纳会议 (*%) 研究组在 &%!) 年提出了电子证据领域适用比例原则的六项规则：(!) 在保存电子证据时应当在可能产生的负担及成本和相关信息的价值之间进行衡量；(&) 应当从最方便、负担最小和最节约的渠道获取证据；()) 就一方当事人的行为所导致的不合理的负担、花销或迟延应作出不利于该方当事人的评价；(() 通过外部信息和相关案例来评估需要开示信息的重要性；(') 在衡量开示的收益成本时应当将非金钱要素也考虑在内；(*) 进行比例原则衡量时应当将可能降低成本和负担的科技因素考虑在内。(*!)

以上建议虽然针对民事诉讼证据开示程序提出，但对于刑事诉讼电子取证过程中划定合理范围同样具有借鉴意义。需要加以说明的是，在比例原则的框架下，对于宪法性权利的保障是后续一切衡量的起点和前提条件，对于司法成本的考量并不能构成限制宪法性权利的正当理由。(*&)

五 结 论

通过分析刑事侦查取证领域比例原则的基本要求以及这些要求与电子证据之间的关系，可以得出以下结论。第一，司法取证活动作为会对特定相对人基本宪法性权利构成干预的行为，必须在明确且合理的界限内进行，而这一界限的划定依赖于比例原则。第二，电子证据的特性不会推翻比例原则的基本要求，而是需要在其框架下对具体规则进行建

('$) C<G19 [8<= <29 C<214;;4 A158?2，764 Q1D65 5? pH<2515<51G4 :81G<3=，"$ @2$$'%(+# 6#- >'32'-，&%!)，EE,*& +!((,

('") 参见 R4<6 Z，b?;@4，#764 :48@435 1> 564 M24B= ?@ 564 [??9 $ 564 A<>4 @?8 :8?E?851?2<;15= QH;4> N2>54<9 ?@ [H194;124> 12 A1G1; 4L91>3?G48=，() 1#*= P= 6= >'3= ，&%!'，EE,!') + &%%; O54G42 A, -422455，ML91>3?G48=: Q4<>?2<I;4 04<836，:8?E?851?2<;15=，A??E48<51?2，<29 V9G<2312D 74362?;?D=，)% I

(*%)

(*!)

(*&)

构或调整以适应这些特性，调整的幅度依各法域之具体法律规则体系而定。第三，纵观国际层面各种规则建构模式，可以发现其中一个关键要素在于以个人权利受干预程度为标准细化电子证据分类，是与传统证据类型法律规范的重要差异。第四，电子证据的分类细化不是目的，细化分类是为了进一步明确取证行为的合理界限，为衡量权利干预之正当性提供评价标准。第五，电子证据的自身特性使得对取证行为的事前评估和监控难度不断加大，由此呈现出监控机制在时间轴上后移的趋势。据此可以预见到，在未来的电子证据取证规则构建过程中，个案审查和事中、事后监督将成为重点。

从一个更为宏观的视角来看，公民基本权利藉由比例原则与刑事侦查取证行为的互动并不是一个单向性的过程。通过分析可以发现，在网络环境下，隐私权这一概念的内涵