



网络空间中的管辖权

茨维特琳娜·范·本瑟姆 (Tsvetelina van Benthem)，
乔安娜·库莱沙 (Joanna Kulesza)，刘业，孙南翔

网络空间国际法中欧专家工作组 (EWG-IL)，研究小组成果报告 (2024)



Geneva Centre for Security Policy

Maison de la paix
Chemin Eugène-Rigot 2D
P.O. Box 1295
1211 Geneva 1
Switzerland
Tel: + 41 22 730 96 00
Contact: www.gcsp.ch/contact
www.gcsp.ch

ISBN: 978-2-88947-022-8 (中文版)

ISBN: 978-2-88947-018-1 (English)

© Geneva Centre for Security Policy, November 2024

本出版物中表达的是作者的观点、信息和意见，并不代表四个合作组织或作者所属机构的立场。对本报告中所提供的信息准确性，组织及机构不承担任何责任。



关于合作组织

中国现代国际关系研究院

中国现代国际关系研究院（CICIR）是一个历史悠久、研究领域宽泛、功能齐备的复合型国际战略与安全问题研究及决策咨询机构。研究领域覆盖全球所有地区和重大战略性、综合性问题。中国现代国际关系研究院现有研究、行政和辅助人员 300 余人，下设 15 个研究所、若干研究中心以及若干部门。长期开展广泛、深入、高端的国际学术交流，是博士、硕士学位授予单位，主办发行《现代国际关系》、Contemporary International Relations 和《国家安全研究》三本学术期刊。

欧盟“网络直通车”

欧盟“网络直通车”-欧盟网络外交倡议（EU Cyber Direct – EU Cyber Diplomacy）支持欧盟的网络外交和国际数字参与，以加强基于规则的网络空间秩序，并建设具有网络韧性的社会。为此，欧盟“网络直通车”开展研究，支持合作国家的能力建设，并促进多利益攸关方的合作。通过研究和活动，欧盟“网络直通车”定期参与讨论打击网络犯罪和加强全球刑事司法系统的国际合作之未来。

日内瓦安全政策中心

日内瓦安全政策中心（GCSP）是一个旨在促进全球合作、安全与和平的国际基金会。该基金会受瑞士政府支持，由 55 个成员国管理。日内瓦安全政策中心提供了一种独特的 360° 方法来了解和解决全球挑战。该基金会的使命是培养人才，促进对话，通过内部研究提供建议，集思广益，并联合专家制定可持续的解决方案，以建设一个更加和平的未来。

厦门大学

厦门大学创办于 1921 年，长期被列为中国顶尖大学之一。厦门大学设有研究生院、6 个学部以及 33 个学院和 16 个研究院，拥有近 44000 名全日制学生以及 3000 多名专任教师和研究人员，其中有 32 人是中国科学院或中国工程院的成员。



背景

本报告基于一项重大研究和对话项目：中国现代国际关系研究院（CICIR）、欧盟“网络直通车”、日内瓦安全政策中心（GCSP）和厦门大学联合召开网络空间国际法中欧专家工作组（EWG-IL）。中欧专家工作组旨在提供一个平台，以利中欧法律专家共同研究国际法在网络空间的适用。研究小组工作的主要目标是对选定的主题提供更深入的分析，并确定中欧之间的分歧与共识，以为一轨对话一轨半对话进程中的政策讨论创任环境。

作者

茨维特琳娜·范·本瑟姆（Tsvetelina van Benthem），国际法讲师，牛津道德、法律和武装冲突研究所外交研究项目研究员

乔安娜·库莱沙（Joanna Kulesza），罗兹大学国际法助理教授、网络中心研究中心主任

刘业，国际法博士候选人，厦门大学法学院网络空间国际法研究中心研究助理

孙南翔，中国社会科学院国际法研究所副教授

致谢

本中文报告系由英文翻译而来，译者是厦门大学法学院网络空间国际法研究中心蒋帅杰和杨帆，荷兰莱顿大学罗杰·克里莫斯（Rogier Creemers）对中译报告做了复核。原报告的欧方合作者得到欧方瑞士外交部赞助，欧方代表非常感谢瑞士外交部的慷慨支持。报告全体作者对审稿人裴伟和帕尔·朗格（Pål WRANGE）的建设性反馈和宝贵见解表示感谢，他们的专业知识为本出版物的质量做出了积极贡献。



目录

1. 引言	6
2. 管辖权的一般问题	7
2.1 识别管辖权中的习惯国际法规则的方法论框架	7
2.2 管辖权类型	8
3. 网络空间中的立法管辖权	9
3.1 网络空间中的主观属地原则和客观属地原则	9
3.2 网络空间中的效果原则	10
3.3 其他原则	10
3.4 应对管辖权冲突问题	11
4. 网络空间中的执法管辖权	12
4.1 数据跨境调取与执法管辖权中习惯国际法的互动	12
4.2 可能影响执法管辖权在网络空间适用的实践：数据本地化	13
5. 建议	14



1. 引言

主权是国际法的一项基本原则，是各项权利和义务的基础。¹主权既指国家对内规范行为及其程序、以及执行所述规范的权力，也指国家对外享有国际法中免受外来干涉的权力。²主权赋予国家何种权力以及如何保护其免受外部威胁，对这两个问题的回答因时而变。此变化过程不仅取决于国际社会的不断发展需求——其中包括与规制信息和通信技术（ICTs）相关的需求，也由国际法的发展所推动，即新条约的通过或现有条约在新事实背景下的适用，以及对习惯规则的持续识别与确定。主权与管辖权紧密相关。就主权平等国家之间的权力分配而言，国际法中的管辖权规则发挥着重要作用。一方面，管辖权是国家对内行使制定和执行规范的权力象征；另一方面，管辖权也是对外确定国家和个人利益的权力边界。

本报告探讨适用于ICT环境下的国际法中的管辖权概念。第二部分重点关注管辖权的一般问题，特别是国家管辖权边界评估的方法论问题以及管辖权的不同类型。第三部分讨论习惯国际法下立法管辖权（prescriptive jurisdiction）的主要内容及其在网络空间的适用。第四部分集中论述执法管辖权（enforcement jurisdiction）在网络空间的适用。第五部分总括全文，并对后续研究提出建议。

¹ 2024 Working Paper *The Principle of Sovereignty and the Application of International Law in Cyberspace*, available at <https://eucyberdirect.eu/research/the-principle-of-sovereignty-and-the-application-of-international-law>.

² J. D'Aspremont (2017) *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, Oxford, Oxford University Press, A. Schwabach and A.J. Cockfield (eds) (2009) *International Law and Institutions*, EOLSS Publications.



2. 管辖权的一般问题

国际法中的管辖权是指国家对人、事、物所行使的权力。这种权力体现在法律规范的制定、适用和执行之中。本质而言，管辖权包含两类主要权能：立法管辖权(制定有约束力规范的权力)和执法管辖权(执行有约束力规范的权力)。³尽管行使上述权能的能力源于国家主权，但管辖权的范围往往受到国际法的限制，包括禁止使用武力原则、不干涉原则以及国际人权法义务等。

首先需要强调的是，关于管辖权的习惯国际法规则自动适用于ICT环境，因此在其适用问题上，无需再一一识别其中与网络相关的国家实践与法律确信。

2.1 识别管辖权中的习惯国际法规则的方法论框架

管辖权赋予国家制定、实施和执行法律的权能，因此，确定并分析评估此种权能的来源尤为重要。除禁止性规定外，国家是否可以自由行使制定或执行规范的权力？抑或国家是否需要证明制定或执行规范的授权基础？前一个判断系基于“法无禁止即自由”，后一个判断则基于“法无授权不可为”。

在国家领土范围内行使立法或执法管辖权，并不存在任何问题。但域外立法和执法管辖可能干涉其他国家利益。在1927年的“荷花号案”判决中，常设国际法院（PCIJ）区分了两种情形。第一种情形涉及在本国领土内行使与境外行为有关的管辖权。PCIJ认为此时应秉持管辖自由原则，即国际法“不禁止国家将其法律的适用及其法院的管辖权扩大到境外的人、财产和行为”。基于此，PCIJ指出，没有必要寻求授权性规则作为行使管辖权的依据，因为“法无禁止即自由”。⁴相反，第二种情形涉及一国在另一国领土上行使权力，此时应适用管辖限制原则，即“国际法对国家施加的首要限制是，除非存在相反的授权性规则，国家不能在另一国领土内行使任何形式的权力”。⁵

虽然一国在另一国领土内行使执法管辖权的限制性做法仍然存在，但普遍认为，国家将本国法律延伸适用于其领土范围外的人、财产和行为的权力也并非完全不受限制。事实上，在一个国家彼此独立和共存的国际体系中，完全自由地主张一国公法的域外适用，必然会侵犯其他国家的利益。

国家实践表明：第一，国家向域外扩张立法管辖权时会以一定的法律基础为依据；第二，国家坚决反对过度管辖领土外的外国人行为。⁶从国家实践还可以得出两个主要结论：首先，国家行使管辖权的授权基础必须来源于条约或习惯国际法；其次，这些授权基础通常需要证明“连接点”的存在，即管辖国与其试图扩大监管的行为、对象或程序之间的联系。⁷

³ 本报告采用立法管辖权和执法管辖权的二分法，而不是通常的立法管辖权、司法管辖权和执法管辖权的三分法。在逻辑上，司法管辖权可以被纳入立法管辖权（制定或发展法律规则）和执法管辖权（适用法律规则）的范围。

⁴ PCIJ, S.S. Lotus (France v Turkey) 1927 PCIJ (ser. A) No. 10, §46.

⁵ Ibid, §45.

⁶ C. Ryngaert (2008) Jurisdiction in International Law, Oxford University Press, p. 21.

⁷ R. O'Keefe (2004) "Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept", Journal of International Criminal Justice, 2, pp. 738.



网络空间并没有根本性重塑与行使管辖权相关的国际法内容。⁸然而，网络空间的全球性，以及网络环境下影响国家和个人利益的跨境干涉的形式增多和难度降低等特点，均影响了国家对管辖权限制范围的理解，也影响了特定情况下法律适用的具体规定。例如，作为域外立法管辖基础之一的保护性管辖原则的核心，国家“重要利益”这一概念可以涵盖一系列包括数据处理行为或行为效果在内、具有域外要素的网络活动。同样，国内刑事调查的顺利推进也可能依赖于数据的跨境调取。报告第三部分和第四部分聚焦将国际法具体适用于ICT环境所面临的特殊挑战。

2.2 管辖权类型

正如PCIJ在“荷花号案”判决中所指出，传统国际法区分了两种主要的管辖权：立法管辖权和执法管辖权。

立法管辖权（prescriptive jurisdiction），又称立法权（legislative authority），赋予国家机关制定、修改和撤销具有约束力的规范的权力。根据一国法律体系的不同，这种权力实践具体表现为立法、司法判决或其他具有约束力的法律文书。而在立法适用上，民事适用的法律特征及程序与刑事适用存在显著差异。

执法管辖权系指国家有权通过公安、法院和检察机关等执法部门强制实施法律。与立法管辖权可以延伸到一国领土之外不同的是，除非经相关国家同意，执法管辖权的行使通常仅限于一国领土之内。

仅依据立法管辖权，并不能作为一国未经同意在他国领土内行使执法管辖权的正当理由。执法管辖权通常以立法管辖权为依据，司法管辖权中的法院可以直接适用外国法律或协助外国司法程序。

各国在网络空间中的实践可能表明既有的管辖权原则与特殊数字环境之间存在矛盾。在网络空间中行使立法管辖权和执法管辖权时，各国越来越多主张域外管辖，如数据保护、网络安全和线上内容监管等领域。对于立法管辖权，国家致力于制定具有域外适用效力的法律以规范外国实体和个人的行为，特别是当该行为在规制国领土内产生重大影响时。典型例子是欧盟（EU）的《一般数据保护条例》（GDPR）。为确保境内数据主体的个人数据受到保护，GDPR适用于任何处理欧盟居民个人数据的实体，而不论该实体位于何处。

⁸ See Government Offices of Sweden, Position Paper on the Application of International Law in Cyberspace (2022).



3. 网络空间中的立法管辖权

在管辖权领域，国际法存在五项许可性的习惯国际法原则：属地原则、积极属人原则、消极属人原则、保护性原则和普遍性原则。⁹这些原则均源于被接受为法律的国家实践。由于网络空间的无疆界性和虚拟性对属地原则造成了较大冲击，本部分将首先讨论属地原则在网络空间中的适用。

3.1 网络空间中的主观属地原则和客观属地原则

鉴于许多国家对在其领土上开始、持续或结束的行为都行使立法管辖权，一般认为，属地原则既包括主观属地原则，也包括客观属地原则。¹⁰二者的区分需遵循“构成要件”路径，即：如果行为发生在国外但在一国领土内完成，该国可以基于客观属地原则行使管辖权；如果行为发生在一国领土内但在国外完成，则该国可以基于主观属地原则行使管辖权。¹¹

主观属地原则在适用于网络空间时受到严峻挑战。一方面，该原则更容易产生“挑选法院 (*forum shopping*)”现象。通过选择或改变数据处理行为地，行为主体可以任意选择遵守对他们更有利的法律。例如，行为主体可以将在其母国定为非法的数据内容存储和发布到另一国家，以逃避母国更为严格的法律监管。此时，在行为主体实际希望数据内容能够被访问的地方，用户也仍然可以获得相关数据内容，即使该数据内容违反访问国家的法律。¹²另一方面，从技术角度来说，要识别出数据处理行为的准确位置并非易事，尤其是在云计算时代，数据可以拆分为许多部分，分别存储在位于不同国家的不同云服务器中。对于立法者而言，云服务器几乎是识别数据处理行为的一个技术黑箱。正是由于网络空间中数据处理行为地的不确定性，各国似乎越来越强调客观属地原则而非主观属地原则。例如，欧盟的数据保护法就选择了客观属地原则和其他管辖原则，而非主观属地原则。¹³中国在该领域也采用了客观属地原则。¹⁴

客观属地原则在网络空间的适用具有诸多优势。首先，相较于主观属地原则，客观属地原则的适用具有更强的可预见性，使其更适合分配国家间的管辖权。领土国可以很容易识别和证明数据处理行为的结果发生地。例如，网络空间中行为的“结果”就可以表现为网站的可访问性，对计算机数据/系统的干扰，对设备的损坏或对人员的伤害，等等。其次，相比基于主观属地原则的国家而言，基于客观属地原则主张管辖权的国家可能具有更强的管辖利益，因为数据处理行为可以发生在海外服务器上，而服务器所在国可能对该行为没有实质利益。

⁹ ILC (International Law Commission) (2006) Annual Report, A/61/10, Annex V, “Extraterritorial Jurisdiction”; Harvard Research on International Law (1935) “Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime”, The American Journal of International Law Supplement, pp. 445.

¹⁰ Restatement (Fourth) of US Foreign Relations Law (2018) §408, comment c.

¹¹ C. Ryngaert (2015) Jurisdiction in International Law, Oxford University Press, pp. 78-79.

¹² T. Schultz (2008) “Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface”, European Journal of International Law, 19(4), pp. 811.

¹³ General Data Protection Regulation, art 3.

¹⁴ 《中华人民共和国个人信息保护法》，第三条。



3.2 网络空间中的效果原则

作为行使管辖权的依据之一，效果原则在经济法领域为各国所普遍接受。根据这一原则，国家可以对在其领土内具有实质影响的行为行使管辖权，特别是在反垄断和反竞争领域。¹⁵客观属地原则与效果原则之间存在差异。例如，当犯罪构成要件并不存在于国家领土范围内时，应当遵守效果原则而非客观属地原则。¹⁶由于行为结果是犯罪的典型构成要件之一，学者们有时将这两个原则混为一谈，特别是将“效果”等同于犯罪构成要件中的“结果”。在具体情形中，“效果”和“结果”要件可能难以区分，如部分学者倾向于将GDPR第3条所确定的管辖权归入效果原则而非客观属地原则。¹⁷

将效果原则适用于网络空间会带来一些挑战。回顾历史可以发现，正是在经济规制领域（如反垄断法和证券法），国家才承认效果原则作为行使立法管辖权的基础。而在经济领域之外，便有学者对基于效果原则的管辖权主张提出了质疑。¹⁸其次，效果原则的适用门槛并不明确，这使得适用效果原则可能在理论和实践上都具有挑战性。¹⁹如果效果原则的门槛模糊不清的话，各国将具有广泛的自由裁量权。即使在没有实际效果的情况下，部分国家也可能基于预期效果行使立法管辖权。²⁰一般而言，一国法院会基于其国家主权利益选择适用效果原则。尤其在网络空间中，效果原则的适用变得更为普遍，因为国家可以主张某种行为的效果及于其他事项从而影响该国利益。这种依赖“效果”而非依赖作为基本构成要件的“结果”的实践做法，可能会引起人们对立法管辖权从属地原则转向普遍管辖原则的担忧。²¹

3.3 其他原则

积极属人原则，或“国籍”原则，是指一国可以对其国民在国外的活动行使管辖权。²²这一原则得到普遍接受，争议较少。《联合国打击网络犯罪公约》（UNCC）的最新草案案文指出，无国籍人在一国境内有经常居所的，该国也有权对其网络犯罪行为行使管辖权。²³除国籍和居住地外，一些国家还制定了基于“控制”（control）的管辖权，将国家对外国实体（例如子公司或分公司）的控制视为与国家的真实联系，即使此时该外国实体并不具有该国国籍。这种现象尤其多见于ICT和数据保护领域。²⁴然而此种管辖权的扩大存在争议，有待进一步讨论。

消极属人原则是指一国可对损害其国民合法权益的海外行为行使管辖权。²⁵此原则主要适用于针对一国国民实施恐怖主义或其他有组织的犯罪，或适用于对一国外交代表或其

¹⁵ Restatement (Fourth) of US Foreign Relations Law (2018) §409.

¹⁶ ILC (International Law Commission) (2006) Annual Report, A/61/10, Annex V, “Extraterritorial Jurisdiction”, §§11-12.

¹⁷ L. Mitrou (2017) “The General Data Protection Regulation: A Law for the Digital Age?”, in T.E. Synodinou et al. (eds), EU Internet Law: Regulation and Enforcement, Springer International Publishing, pp. 32.

¹⁸ 宋晓.域外管辖的体系构造:立法管辖与司法管辖之界分[J].法学研究,2021,43(05):171-191.

¹⁹ A.L. Parrish (2008) “The Effects Test: Extraterritoriality’s Fifth Business”, Vanderbilt Law Review, 61(5), pp. 1478-1479.

²⁰ Restatement (Fourth) of US Foreign Relations Law (2018) §409, reporter’s note 4.

²¹ M. Akehurst (1973) “Jurisdiction in International Law”, British Yearbook of International Law, 46, pp. 154.

²² International Law Commission, Annual Report (2006), A/61/10, Annex V. Extraterritorial Jurisdiction, §14.

²³ UN (United Nations) (2024) Convention against Cybercrime (Crimes Committed through the Use of an Information and Communications Technology System), Article 22(2)(b), A/AC.291/22/Rev.3, 23 May.

²⁴ C. Ryngaert (2015) Jurisdiction in International Law, Oxford University Press, pp. 109.

²⁵ International Law Commission, Annual Report (2006), A/61/10, Annex V. Extraterritorial Jurisdiction, §15.



他官员的暗杀行为。²⁶根据UNCC草案第22条，国家可建立针对本国国民犯罪的管辖权。²⁷若最终通过公约时此条款被采纳，那么消极属人原则就可以适用于该公约中的所有网络犯罪，而不仅仅是传统的恐怖主义或其他严重犯罪。

保护性原则是指国家可以针对在国外对该国重大利益构成威胁的人的行为或程序行使管辖权，如对其国家安全的境外威胁。²⁸中国的《网络安全法》和《数据安全法》均纳入了保护性原则，它们的具体规定分别是：境外的机构、组织、个人从事攻击、侵入、干扰、破坏等危害中华人民共和国的关键信息基础设施的活动，造成严重后果的，依法追究法律责任；²⁹在中华人民共和国境外开展数据处理活动，损害中华人民共和国国家安全、公共利益或者公民、组织合法权益的，依法追究法律责任。³⁰

普遍性原则允许所有国家基于国际社会利益对某些犯罪行使管辖权，如种族灭绝罪、战争罪和危害人类罪。³¹这些犯罪违反了普世价值和人道主义原则。³²普遍性原则在定义、范围和适用上存在分歧，有待后续讨论解决。³³例如，网络恐怖主义是否已经明确成为一项需要适用个人刑事责任和普遍管辖的犯罪，就值得进一步讨论。³⁴

3.4 应对管辖权冲突问题

如前所述，国际法通过确认国家法律域外适用的系列理由，³⁵即特定行为或程序以某种方式涉及国家利益，从而证明国内法域外适用的正当性。这将导致复杂的管辖权冲突问题。当一个以上的国家主张将其法律适用于特定的行为、个人或程序时，就会出现管辖权冲突。此时，如何主张管辖权的优先顺序就尤为关键。

虽然国际法中并没有规定解决管辖权冲突的习惯国际法规则，但仍有径可依。例如，国家可以根据“利益平衡”分析来约束自身管辖权。然而，此方法可能过于依赖单方面的自由裁量权。此外，国家还可以寻求建立关于管辖权基础的优先等级规则，但这种方式也存在问题，比如仅仅通过非专断的方式难以建立这种优先性规则，行为所在地国并不总是受影响最大的国家。事实上，行为可能对另一国家产生域外损害影响，从而使后者也可以主张适用保护性原则。最后，一个可行的路径是，在各国主张管辖权的过程中，以条约为基础或以制度性程序来协调主张管辖的国家间的政策立场。然而，即使各国愿意进行谈判，仍然会面临如何在特定情况下分配管辖权的问题。换言之，有必要类似国际私法一样建立管辖权分配的一般性规则。

²⁶ Ryngaert, 2015, pp. 112.

²⁷ UN (United Nations) (2024) Convention against Cybercrime (Crimes Committed through the Use of an Information and Communications Technology System), Article 22(2)(a), A/AC.291/22/Rev.3, 23 May.

²⁸ International Law Commission, Annual Report (2006), A/61/10, Annex V, Extraterritorial Jurisdiction, §13.

²⁹ 《中华人民共和国网络安全法》，第75条。

³⁰ 《中华人民共和国数据安全法》，第2条。

³¹ International Law Commission, Annual Report (2018), A/73/10, Annex I, Universal Criminal Jurisdiction, §7.

³² Ibid, §§5-6.

³³ Ibid, §8.

³⁴ K.A. Gable (2010) “Cyber-Apocalypse Now: Securing the Internet against Cyberterrorism and Using Universal Jurisdiction as a Deterrent”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 43(1), pp. 104-108.

³⁵ C. Staker (2018) “Jurisdiction”, in M. Evans (ed.), *International Law*, Oxford University Press. In the context of internet governance, see D.J.B. Svantesson (2017) *Solving the Internet Jurisdiction Puzzle*, Oxford University Press; J. Hörnle (2021) *Internet Jurisdiction Law and Practice*, Oxford University Press; U. Kohl (2014) *Jurisdiction and the Internet: A Study of Regulatory Competence Over Online Activity*, Cambridge University Press.



4. 网络空间中的执法管辖权

网络空间中的执法管辖权比适用立法管辖的原则所面临的挑战更为复杂。按照习惯国际法的传统理解，执法管辖权原则上是属地管辖，域外执法管辖权的合法行使取决于“一国对外国政府在其境内行使管辖权的有效同意”或根据“国际法赋予的特定权力”³⁶然而，晚近网络空间中的国家实践可能与这一习惯国际法规则产生显著冲突，这表明需要重新思考域外执法管辖的合法界限。

关于执法管辖权的讨论主要集中在一国执法部门跨境调取数据行为的合法性问题上。为打击网络犯罪，一国执法部门通常需要跨境调取和收集电子证据。与域外执法相关的习惯国际法规则在适用于网络空间时可能会面临特殊挑战。首先，如果征求数据存储地国的同意，或依靠传统的国际合作、司法互助条约（MLATs）和其他形式的跨境合作，其过程的迟滞性可能会妨碍电子证据的及时收集，无法适应瞬息变化的网络环境。其次，数据的位置可能是未知的，这导致在识别需要征求同意的特定国家时存在困难。有鉴于此，实践中出现了一国执法部门直接跨境获取数据，或通过对领土内控制数据的私人实体行使属地管辖以间接获取境外数据等方式，后者在实践中更为普遍。

鉴于此类实践还不是特别丰富，而且各国针对跨境获取数据存在不同做法，下文仅识别与域外执法管辖权相关的关键问题，但并不具体评价该领域习惯国际法的任何潜在变化。

4.1 数据跨境调取与执法管辖权中习惯国际法的互动

对于执法管辖权中的习惯国际法如何适用于数据跨境调取的实践场景，需要讨论以下五个主要问题。

第一，何为与网络活动有关的“执法”？广义上，执法管辖权规则是关于“对负责执行法律的政府执法部门（即执法机构）的限制”。³⁷当国家向云服务提供商发出行政命令时，是否属于行使执法管辖权？如果国家对特定主体发布命令，这种管辖权可能属于执法管辖权。具体行政行为属于执法管辖，抽象行政行为（行政立法）属于立法管辖。虽然有学者认为与网络活动有关的立法管辖权和执法管辖权之间界限模糊，³⁸但这一判断并没有被国际法适用于网络空间的国家立场文件所印证。

第二，域外执法规则是否受国家如何理解其他国际法规则（如主权自治规则）的影响？例如，荷兰的国家立场指出，在跨境行使调查权的情形下，“从执法（一国内部主权的一部分）的角度来看，主权原则的适用方式尚未完全明确”。³⁹如果执法管辖权的规定与其他规则（如主权、不干预和禁止使用武力等）联系在一起，那么国家如何具体规定这些规则的要件（如损害门槛、主观要件等）也将影响授权执法的边界。

³⁶ Tallinn Manual 2.0 (CUP 2017), Rule 11.

³⁷ A. Mills (2014) “Rethinking Jurisdiction in International Law”, *British Yearbook of International Law*, 84(1), p. 187.

³⁸ C. Ryngaert (2023) “Extraterritorial Enforcement Jurisdiction in Cyberspace: Normative Shifts”, *German Law Journal*, 24, p. 537, 541, 549.

³⁹ National position of The Netherlands (2019). Emphasis added.



第三，何为“域外”执法？确定“域外”性质可能是一项复杂的任务。例如，《塔林手册》专家组认为，一国访问并获取在其国内可公开获得，但存储于境外服务器上的电子数据（如在互联网上的数据）的情形，应视为域内管辖。与此相反，一国访问并获取“存储在境外私人电脑上[……]且无法公开获取”的数据的情形，应视为域外管辖。⁴⁰此问题需要更多研究。

第四，何为行使域外执法管辖权的同意？同意可以基于临时合意或事先的双边⁴¹或多边条约表示。就特别同意而言，各国可采用不同的国家程序予以批准。例如，中国《个人信息保护法》第41条规定：“中华人民共和国主管机关根据有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定，或者按照平等互惠原则，处理外国司法或者执法机构关于提供存储于境内个人信息的请求”。在基于条约同意的情形下，通过缔结协议，欧洲委员会《布达佩斯网络犯罪公约》的缔约方同意通过该协议中规定的程序以获取计算机数据，即：缔约方可以“通过其领土内的计算机系统访问或接收存储于另一缔约方的计算机数据，如果该缔约方获得有权通过该计算机系统向该缔约方披露数据的人的合法和自愿同意”或“访问可公开获取（开源）的存储的计算机数据，而不论该数据地理上位于何处”。⁴²

第五，新兴实践是否为习惯国际法的潜在发展提供了证据？这些发展是否将导致形成关于网络空间执法管辖权的特别法？值得强调的是，习惯法的确立依赖于普遍的（具有足够的广泛性、代表性和一致性）、内含法律确信的实践，⁴³虽然现在谈论这个问题为时尚早，⁴⁴但必须密切关注这种实践发展的后续演变。

4.2 可能影响执法管辖权在网络空间适用的实践：数据本地化

数据本地化是指在特定的地理位置内存储和处理数据的实践。此种实践虽然有利于确定域内外执法管辖，但也可能导致相关主体承担繁重的合规义务，也可能造成数据自由流动的重大障碍，以及数据治理的碎片化等问题。

目前，中国已经建立了较为完善的跨境数据流动法律机制，为跨境数据流动提供了安全评估、标准合同和个人信息保护认证三种主要法律工具。当今中国的总体政策趋势是推动数据跨境流动，并尝试在该领域开展国际合作。而欧盟在支持数据自由流动的同时，制定了严格的数据保护法律，以保障个人的数据权利。

鉴于数据自由流动和数据本地化之间复杂的动态关系，各国正不断寻求二者之间的适当平衡。

⁴⁰ Tallinn Manual 2.0 (CUP 2017), Rule 11, paras 12-14.

⁴¹ T. Cochrane (2023) “Enforcement Jurisdiction and CLOUD Act Agreements: Clarity or Confusion?”, in M. Ó Floinn et al. (eds), *Transformations in Criminal Jurisdiction: Extraterritoriality and Enforcement*, Hart, pp. 260-265.

⁴² Budapest Convention, art 32.

⁴³ International Law Commission, *Draft Conclusions on the Identification of Customary International Law* (2018), Conclusion 8.

⁴⁴ C. Ryngaert (2023) “Extraterritorial Enforcement Jurisdiction in Cyberspace: Normative Shifts”, *German Law Journal*, 24, p. 537, 543.



5. 建议

如上所述，关于管辖权的习惯国际法规则适用于 ICT 环境。但是，如何在这种环境下适用管辖权还需要进一步的理论研究和实践探索。中欧专家在本报告中达成若干基本共识，并基于这些共识提出以下建议：

首先，网络空间域外管辖权的概念需要进一步明确。从竞争法到反腐败法和金融法实践，再到国际人权法，网络空间的域外管辖权实践在不同领域可能有所不同。⁴⁵ 欧盟和中国作为主要参与者，应积极推进更深入准确理解网络空间中的管辖权。然而，达成全球共识并非一日之功。

其次，网络空间中的管辖权应避免与包括人权法在内的现有国际条约和习惯国际法相冲突。关于管辖权的分配，现行国际法确认了立法管辖权的属地原则、属人原则、保护性原则和普遍性原则具有习惯国际法性质。在协调管辖权冲突主张时，应考虑国际礼让、互惠等原则，并在个案中谨慎论证域外管辖权的合法性。

再次，域外管辖权法律制度的构建不仅是法律义务的体现，也是法律权利的保证，尤其是合法数据、正当程序以及其它人权。当国家在网络空间中主张管辖权时，应根据国内法和国际法保证所有相关方都受到保护。在司法程序中应当保障境外当事人的合法权利，如通过当事人平等的诉讼权利和获得公正裁判的权利。

网络空间管辖权的诸多领域均有待进一步探索，如数据的跨境获取、数字平台的看门人责任等。本报告旨在巩固中欧专家在方法论和管辖权类型方面的重要共识，确定亟须回答的具体法律问题，以确保各方能够更充分地理解管辖权中的习惯国际法规则在网络空间的适用。

⁴⁵ N. Krisch (2022) “Jurisdiction Unbound: (Extra)territorial Regulation as Global Governance”, *European Journal of International Law*, 33.

Building Peace Together



Geneva Centre for Security Policy

Maison de la paix

Chemin Eugène-Rigot 2D

P.O. Box 1295

1211 Geneva 1

Switzerland

Tel: + 41 22 730 96 00

Contact: www.gcsp.ch/contact

www.gcsp.ch

ISBN: 978-2-88947-022-8 (中文版)

ISBN: 978-2-88947-018-1 (English)