



意大利最新电子证据提取及保存立法评析：政策推进与保障措施之间的落差及其弥补^{*}

作者：Giorgio Spangher

译者：中南财经政法大学法学院 余 洁

摘 要 | 继有关电话窃听的部长令后，意大利政府批准了包含“司法及国防领域的紧急措施，全民公投、临时津贴及地区生产税（Irap）延期等事项”的 2021 年第 132 号法令。法令第 1 条涉及“以刑事调查为目的调取电话及电子数据的规定”。以上两项措施均基于欧盟法院（大法庭）对爱沙尼亚立法案的判决。

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



与此前关于电话窃听的部长令一致，意大利政府批准了 2021 年第 132 号法令。该法令包含“司法及国防领域的紧急措施，全民公投、临时津贴及地区生产税（Irap）延期等事项”，其中法令第 1 条涉及“以刑事调查为目的调取电话及电子数据的规定”。上述两项措施均基于欧盟法院（大法庭）对爱沙尼亚立法案的判决（2021 年 3 月 2 日 C746/18C 号案件）。此外，从 2016 年 12 月 21 日 C-202/15 号案件、C-698/15 号案件及 2010 年 3 月 9 日 C-518/07 号案件的审判原则推断，欧盟审判官认定欧洲议会与欧洲理事会第 2002/58/EC 号指令《电子隐私指令》第 15 条第 1 款与欧盟成员国立法相冲突。成员国法律允许政府机关不以打击严重犯罪或预防严重公共安全威胁为前提、不限时间、不限数据类型及数据规模，调取电话、计算机及位置数据，以获取终端用户的通信信息及

终端设备的位置信息，并据此得出关于其私人生活的结论，进而实现预防、研究、侦查及起诉犯罪的目的。

此外，欧盟法院始终强调，考虑到人际通信外部数据中存在大量可提取的个人信息以及超长的数据保存期，依据均衡原则，用于预防、研究、侦查及起诉犯罪的数据调取须以“打击严重犯罪或预防严重公共安全威胁”为目的。仅此可作为诸如保存流量及位置数据等严重侵犯《欧洲联盟基本权利宪章》第七条及第八条所载明的基本权利的正当理由。

^{*} 刊发来源：发表于意大利学术期刊《法律指南》2021 年 10 月 16 日第 39 期。《法律指南》是意大利最受欢迎的法律周刊。

作者简介：Giorgio Spangher，罗马第一大学法律与刑事诉讼教授。

考虑到多方利益,法院认为,为保证独立性,执行预防性监督的机构须以区别于数据申请方的第三方身份,客观、公正地行使监督权,不受任何外部影响,不参与相关刑事调查,并对刑事诉讼各方保持中立态度。

因此,负责指挥刑事侦查程序并在必要时执行刑事诉讼的检察官不满足上述要求。“检察官的任务不是独立解决争端,而是在必要时作为刑事诉讼的一方将争端提交审判官。”

目前,检察官主要依据相关职能法规判断是否调取数据,并基于法规及个人认知来保证预审程序的合法性。这种方式显然无法保证上述“第三者”的身份定位。

有鉴于此,欧盟法院须将上述第15条解释为与成员国立法相冲突,因为成员国法律规定负责指挥刑事调查程序,并在必要时以适当方式于后续程序中执行刑事诉讼的检察官,有权授权当局出于刑事调查目的调取流量及位置数据。

故此,向审判官提出附有理由的预先申请有其必要性。仅当认定为“正当且紧急”的特殊情况,才能批准数据调取后的事后监督,且“必须在短时间内完成”。事后监督总是不适用的,因为它无法防止超出“严格必要性”限制的数据调取。

欧盟法院的规定与意大利相关法律相冲突,意大利2003年132号法令(所谓的《隐私法》)第196条规定,除123条第2款规定之情况外,供应商应将电话数据自生成之日起保存24个月,用于侦查及打击犯罪;同理,除通信内容外的电子通信数据由供应商自生成之日起保存12个月(第1款)。未接电话数据由公众可访问的通信供应商或公共电信网络临时处理,并保存30日(第1款之2)。以上数据可凭检察官出具的附有理由的法令在期限内从“供应商”处调取(第2款)。

考虑到国际国内反恐的特殊需求,意大利2017年第167号法令第24条特别法规定:为确保调查工具的有效性,以侦查及打击意大利《刑事诉讼法》第51条第3款之4及第407条第2款a)项中规定的犯罪,延长流量及电话数据保存期至

72个月(6年)。

总之,相关法规基于犯罪类别将数据保存期分为四类。2003年132号法令第196条规定的数字保存期依次为24小时、12小时、30日。而涉及上述第407条第2款a)项中规定的犯罪或恐怖主义,则保存期依据2017年第167号法令第24条之规定。

对此,意大利宪法法院虽未明确表态,但其审判结果与意大利法律一致(宪法法院1998年第281号案件、2010年第188号案件、2019年第38号案件)。1998年7月13日Galleri案归档后,宪法法院明确了2000年2月23日D'Amuri案的审判方针,并据此确定了检察官无需向审判官提交申请、直接向供应商调取数据的权利。

欧盟法院此次的判决自然引发了检察官与审判官的动态关系问题。此外,还有判决是否立即适用的初步问题。关于这一点,社会各界提出了多种解决方案,包括驳回检察官的申请,接受该判决或考虑到欧盟法院的判决不能立即适用而继续执行原法规(参见期刊文章:《电话记录:审判官就数据获取判决无法达成一致,列蒂省法院请示欧盟法院》,2021年5月4日列蒂省法院刑事科向欧盟法院发出初审判决请示;及Andrea Alberto Moramarco就此事的评论文章《如果法庭出现多种判决,则需要紧急干预》,发表于《法律指南》n.20/2021, pp.42-)。

该议题除在议会形成了本文开篇提及的部长令外,意大利最高法院最新做出裁定,排除立即适用欧盟法院的判决(2021年4月15日至7月22日的28523号判决;参见期刊文章《电话记录与检察官权限,继欧盟法院后轮到意大利立法者裁决》,及A.Cisterna的评论文章《审批后调取数据的合法性问题无据可依》,发表于《法律指南》n.36/2021, pp.68-)。此外,还引发了立法干预,形成了上述2021年第132号法令第1条。

另一方面,管辖权的“转移”不乏阻力,无论是每天审理大量手机盗窃案的司法警察,还是担心调查及审查工作放缓影响到需立即干预的袭击或警报等犯罪的检察官,他们均在强调检方的独立性与

保障作用。

2021 年第 132 号法令第 1 条 a) 项，在明确数据保存的法律边界后，修正了 2003 年第 196 号法令第 132 条的规定，明确了可获取数据的犯罪类型，即有充分证据表明，依照刑事诉讼法第四条规定，依法应当处以无期徒刑或者三年以上有期徒刑的犯罪。此外，该法令还新增了通过电话远程威胁及骚扰他人，并造成严重后果的犯罪。

上述规定涉及领域极其广泛，似乎超出了欧盟法院裁定的范围。事实上，该法令设想通过有针对性地扩大有关电话窃听的规定（《刑事诉讼法》第 266 条及第 266 条之 2），进而明确这一范围。

该法令一方面基于欧盟法院的要求规定为继续调查须提交附有理由的申请；另一方面，明确了审判官对公诉人、辩护人、犯罪嫌疑人、被害人及其他当事人提交的（附有理由的）申请具有绝对自主权。

即使没有这方面的迹象，我们也应明确如若违背法律条件或内容，该法令将如同不合法规的证据一般无法适用。

新增于上述第 132 条第 3 款之 2 的 b) 项，对立法的紧急性以及延误可能对刑事调查造成的严重损害做出了恰当回应。

因此，在紧急且有充分理由认定延迟数据调取可能对调查造成严重损害的情况下，检察官可在 48 小时内向审判官提交附有理由的申请，审判官在随后 48 小时内决定是否批准该法令，若未获批则无法使用数据。

此内容见于 2021 年第 132 号法令第 2 条 b) 款，第 132 条第 3 款之 3 则规定了被调取数据的利益相关方可通过担保人以第 160 条所述的方式保护个人数据。

然而，正如学术界所强调的，该条款与上述第 254 条之 2 规定的流量及位置数据担保缺乏协调性（Filippi）。

此外，未决的诉讼案件于该法令生效当日依照第 132 条第 3 款所规定的方式由司法机关批准获取电话及电子数据，而数据的使用须以法令生效后第一次听证会审判官发出的生效令为条件。对此，2021 年第 132 号法令未制定过渡性条款。

因此，政策修正之前及之后所获取数据的可用性问题仍有待解决。考虑到相关事项的程序性性质，根据法律不溯及既往原则，应排除追溯。但对于超国家法院可能会引发其他问题。

（责任编辑：罗晚霞）