

何谓“严格的批准手续”^{*}

——对我国《刑事诉讼法》技术侦查条款的合宪性解读

孙煜华

内容提要:批准手续是控制技术侦查权、保障公民权利的关键所在。新《刑事诉讼法》尽管要求技术侦查经过严格的批准手续,但是对批准手续的内容、主体、程序均没有明确。历史上,技术侦查批准手续完全呈封闭状态,从批准权的设置、运行到批准文件的备案都由侦查部门自我决定,不受其他任何机关的监督和审查。这既不利于落实宪法中的法检公互相制约原则,又可能侵犯公民受宪法保护的通信权、住宅不受侵犯权、言论自由等基本权利。鉴于国内外在技术侦查领域的利弊得失,这个“批准手续”一定不能是只受侦查部门自我控制的、粗疏的、不受外部监督的批准手续,而应该是一个中立的、细化的、受到外部监督的批准手续。具体来看,批准主体宜由法院充任,而申请主体应当为侦查机关的高级主管人员或得到其授权的人员;申请时应提供具体的事实和理由,而在批准时应当落实“重罪原则”、“必要性原则”和“相关性原则”。

关键词:技术侦查 批准手续 互相制约

孙煜华,复旦大学博士后研究人员。

我国2012年新修订的《刑事诉讼法》专设“技术侦查措施”一节,使得该措施由幕后走向了台前,对此学界和实务界予以充分肯定,认为该措施“不仅可以解决实践中技术侦查措施适用不规范、所收集的证据材料不能直接作为证据使用等问题,而且提高了我国的法治水平,有利于打击犯罪与保障人权的平衡。”^[1]但也有学者认为,“技术侦查措施对于个人隐私权、居住安全、通讯自由等自由权利具有很大的‘杀伤力’,必须减少不法侵害和过度适用的

^{*} 本文系国家重大社会科学基金资助项目“法律文明史”(项目编号:11&ZD081)子课题“法的本土化——以考察宪法与政治经济体制为中心”以及2011—2012年度华东政法大学博士生优秀学位论文类项目“宪法对侦查权的制约与人身自由的保障”(项目编号:20111003)的阶段性成果,上海地方高校人文科学学术新人培育计划项目“宪法对侦查权的制约与对基本权利的保障”,(项目编号:HZ-B2012036)。

[1] 邓思清:《技术侦查措施:依法使用与保障人权相得益彰》,《检察日报》2012年11月21日第3版。

问题。”〔2〕又有学者认为,技术侦查“规定了原则性的严格审批要求,但是没有规定细节”〔3〕然而,尽管他们看到了技术侦查措施的不完善,但是却并没有开出有针对性的药方。对于任何可能侵犯公民基本权利的刑事措施,都应当在宪法背景下解读,唯有此才能避免其蜕变为单纯打击犯罪的统治工具,进而悖离《刑事诉讼法》第 2 条规定的“尊重和保障人权”的任务。

一 技术侦查措施及其批准手续

所谓技术侦查措施是指:侦查机关在立案后,为了侦破特定的重大犯罪,经过依法批准,借助专门的技术手段如电子侦听、电话监听、电子监控、秘密拍照、录像、进行邮件检查、控制下交付等实施的侦查措施。技术侦查措施在《国家安全法》和《人民警察法》中已有规定,2012 年 3 月 14 日通过的《刑事诉讼法》第二编第二章第八节又对技术侦查措施的执行主体、适用范围、批准决定与期限、相关证据效力等做了规定。2012 年 10 月 16 日通过的《人民检察院刑事诉讼规则》还对新《刑事诉讼法》的部分内容予以了细化。具体来看,该侦查措施包括以下几方面内容:其一、采取技术侦查的主体不仅有公安机关,还有检察机关。其二、适用范围覆盖特殊类型犯罪、“其他严重危害社会的犯罪案件”以及在逃的犯罪嫌疑人、被告人。其三、批准决定自签发之日起 3 个月内有效且可续期。其四、负有保密义务的主体包括侦查人员和其他协助侦查人员的其他知情人员。其五、所获材料可以作为证据使用。这也许是本次技术侦查写入《刑事诉讼法》与《人民警察法》和《国家安全法》最明显的区别所在。其六、隐匿身份侦查、控制下交付及相应的保障措施。总的来说,技术侦查措施是一种立法上早有规定、实践中广为使用的侦查措施,新《刑事诉讼法》对之又加以完善,在其适用主体中增加了检察机关,将其适用范围限于涉嫌重大犯罪或在逃的未决犯,赋予其所收集材料的证据效力,同时还在其中同时规定了控制下交付等秘密侦查行为。

技术侦查是一种极可能侵犯公民基本权利的秘密侦查措施,为了防止该措施被滥用,新《刑事诉讼法》对技术侦查的范围、有效期、保密义务等方面做了限定。不过,需要注意的是,所有这些限制性条件要想发挥效用,都依赖于技术侦查的批准手续,批准手续也当然成为了整个技术侦查的核心。

对于技术侦查的批准手续,我国学者陈卫东曾一针见血地指出,“没有审批程序的保护,秘密侦查的立法就会异化为单纯的授权立法,这种单向度的立法取向如果不加以适度控制,带来的必将对公民隐私权的严重挑战。”〔4〕事实上,当前任何主要法治国家都将批准手续作为构建技术侦查法律框架的关键环节,多数国家实行严格司法令状制度。2005 年 12 月 16 日,《纽约时报》披露在布什总统监视恐怖分子计划中,美国国家安全局在没有法庭批准的情况下监听从美国打出的国际长途电话。〔5〕公民权利联盟等多个民权团体对国安局提起了诉讼。〔6〕在强大的政治和司法压力下,布什政府最终不得不重新确认外国情报监视法院对该监视计划的批准权。〔7〕无疑,没有法院的批准,美国在国内对本国人的技术侦查寸

〔2〕 张建伟:《技术侦查的程序规范和信息处理》,《检察日报》2012 年 7 月 4 日第 3 版。

〔3〕 陈瑞华:《刑事诉讼法修改对检察工作的影响》,《国家检察官学院学报》2012 年第 4 期。

〔4〕 陈卫东:《推进侦查权配置的法治化》,《法制资讯》2011 年第 Z1 期。

〔5〕 James Risen Eric Lichtblau, Bush Let U. S. Spy on Callers Without Courts, *N. Y. TIMES*, Dec. 16, 2005, at A16.

〔6〕 American Civil Liberties Union et al. v. National Security Agency / Central et al., 493 F. 3d 644 (6th Cir. 2007).

〔7〕 “Prepared Opening Remarks of Attorney General Alberto R. Gonzales at the Justice Department Oversight Hearing of the Senate Judiciary Committee”. Department of Justice. January 18, 2007. http://www.usdoj.gov/archive/ag/testimony/2007/ag_speech_070118.html, Retrieved 2012 - 12 - 14.

步难行。对于国外因监听未获批准而引发的风波,我们实在不应怀有隔岸观火的态度,因为人权具有普世性,外国人民珍视的权利也同样值得我们珍视。理性地讲,当前也应当检讨自己在技术侦查的批准手续上是否存在疏漏。

二 新《刑事诉讼法》没有明确技术侦查的批准手续

既然批准手续是控制技术侦查权、保障公民权利的关键所在,新《刑事诉讼法》对之又作何规定呢?通过对相关条文的解读,不难发现,尽管该法要求技术侦查经过“严格的批准手续”,但是对批准手续的内容、主体、程序均没有明确。

(一)批准的内容不明确

尽管法律规定其适用于涉嫌重大犯罪以及在逃的被追诉人,但对何为重大犯罪,法律并未给出明确的标准。新近出台的《人民检察院刑事诉讼规则》第263条对检察机关技术侦查的适用范围作了一定界定,规定涉案数额要在10万元以上,而其他“重大犯罪”包括有重大社会影响的、造成严重后果的或者情节特别严重的非法拘禁、非法搜查、刑讯逼供等案件。虽然该司法解释对重大犯罪作了进一步规定,但仍然未做到完全列举。批准内容的不明确给批准者很大的解释空间,难以对具体的技术侦查手段形成有针对性的制约。

(二)批准的主体不明确

新《刑事诉讼法》第148条规定:“公安机关在立案后,对于危害国家安全犯罪……其他严重危害社会的犯罪案件,根据侦查犯罪的需要,经过严格的批准手续,可以采取技术侦查措施。人民检察院在立案后,对于重大的贪污、贿赂犯罪案件……重大犯罪案件,根据侦查犯罪的需要,经过严格的批准手续,可以采取技术侦查措施,按照规定交有关机关执行。”从该条中,我们可以看出技术侦查的执行主体,而非批准主体。新出台的《人民检察院刑事诉讼规则》也没有明确批准主体。这个批准主体是侦查机关本身、侦查机关的上级机关、审判机关抑或权力机关?

(三)批准的程序不明确

如果连批准的主体和主要内容都不甚清楚,就更谈不上构建什么细致的批准程序了。在批准程序方面,相较之前的《人民警察法》和《国家安全法》,新《刑事诉讼法》的进步体现在粗略框定适用范围和有效期,但这些足够吗?首先,批准决定自签发之日起3个月内有效,对于复杂、疑难案件,期限届满仍有必要继续采取技术侦查措施的,经过批准,有效期可以延长,每次不得超过3个月。什么是“复杂、疑难案件”?是不是说只要找不出有罪证据就算“复杂、疑难”,进而要不断延期,直到找出有罪证据为止?这个延期是不是没有次数限制而事实上等同于“无限期”?其次,公安机关采取技术侦查措施要“根据侦查犯罪的需要”;这种需要是充分条件还是必要条件?是只要可以采取技术侦查措施就大胆使用,还是只有采取技术侦查措施才能奏效方可以使用?最后,作为技术侦查的执行者,其至少应明白:谁有权申请,申请时提交何种证明,谁有权批准,批准时依据什么,批准决定的文书格式怎么样,文书如何备案,当决定受到质疑时该如何审查,批准机关本身又受到何种审查。上述情况如果不知道,不要说让批准程序更加严格,恐怕连如何操作都成问题。

三 侦查部门自我批准悖离宪法精神

尽管历史上法律没有对技术侦查的批准手续作出细致规定,但在实践中相关批准手续

主要遵循公安部的规章以及最高检察院出台的司法解释,如《刑事特情工作细则》、《关于技术侦查工作的规定》以及《人民检察院刑事诉讼规则》。以公安部《刑事特情工作细则》为例,各类刑事特情的审批权属于公安机关主管领导。具体地说,情报特情和控制特情,报经市、县公安机关刑事侦查部门的负责同志批准;专案特情的批准权与批准立专案侦查的权限相同;在服刑、劳教的犯罪分子中选建刑事特情,报经地、市公安局、局刑侦部门审核,征得司法部门的劳改、劳教单位领导同意,报主管处、局长批准,履行必要的手续;物建一般境外特情,报请地、市公安局、局长批准,重要的报经省、自治区、直辖市公安厅、局长批准,特别重要的报请公安部批准。凡正式建为境外特情的,由省、自治区、直辖市汇总报公安部备案。^{〔8〕}从中不难看出,一直以来,作为技术侦查的重要类型,特情工作(诱惑侦查)的批准手续完全呈封闭状态,“从批准权的设置、运行到批准文件的备案都由侦查部门自我授权,其他部门无权参与和干涉,除了自我约束和自我监督外,不受其他任何机关的监督和审查”,“属于典型的‘超职权主义’侦查行为,带有浓厚的司法神秘主义色彩。这种运行状态,客观上便利了侦查机关的侦查,可能会强化对犯罪的打击力度,但另一方面也可能造成侦查机关的侦查权失控,容易导致专权和滥用。”^{〔9〕}这既不利于落实宪法中的法检公互相制约原则,又可能进一步侵犯公民宪法上的多项基本权利。

(一) 不利于落实法检公互相制约原则

法检公互相制约是一条重要的宪法原则,但是无论在立法还是在实践中都常为人们忽视,在技术侦查领域也不例外。《宪法》第 135 条规定,“人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件,应当分工负责,互相配合,互相制约,以保证准确有效地执行法律。”全面准确理解《宪法》第 135 条须明白:该原则是一个完整的逻辑和规范体系。“分工负责”体现的是它们的宪法地位,“互相配合”体现的是工作程序上的衔接关系,“互相制约”是三机关相互关系的核心价值要求。这一原则体现了两种服从关系:在价值理念上,效率服从于公平、配合服从于制约;在工作程序上,侦查服从于起诉,起诉服从于审判。现实中的三机关关系,应当根据宪法和立宪主义的价值理念合理调整。^{〔10〕}

在立法和实践中,不少人尤其不能准确把握“互相配合”和“互相制约”之间的关系,常常将两者简单对立起来,实际上,从宪法本意出发,配合和制约都是为了准确有效地执行法律,防止或者纠正彼此工作中可能出现的错误。^{〔11〕}任何超越法律的配合或制约都是违法甚至违宪的。当然,在司法实践中,超越法律的配合往往是主要问题,而且这种配合又往往高举“加强打击犯罪”的旗号。当下相对公安机关和检察机关的侦查权和控诉权,法院的审判权常常处于弱势地位,审判权的弱势使其难以有效制约侦查权和控诉权,从而进一步加剧了控辩失衡。具体到技术侦查这个问题上,从制定规则到实施侦查,公安机关(有时是国安机关)一直唱主角,而且侦查是秘密实施的,犯罪嫌疑人、被告人的辩护权也无法在侦查阶段行使,这就更凸显出利用其他机关制约公安机关侦查权的必要,不过长期以来,这种外在的制约机制一直没有建立,而内在的制约机制主要是公安机关内部的批准手续。尽管从公安

〔8〕 参见陈晓辉:《刑事特情适用的若干争议焦点研究》,《求实》2010 年第 2 期。

〔9〕 孙长永主编:《侦查程序与人权保障——中国侦查程序的改革和完善》,中国法制出版社 2009 年版,第 350 页。

〔10〕 韩大元,于文豪:《法院、检察院和公安机关的宪法关系》,《法学研究》2011 年第 3 期。

〔11〕 参见金默生:《论人民法院、人民检察院独立行使职权》,载张友渔等:《宪法论文集》,社会科学文献出版社 2003 年版,第 219 页。

机关的规定来看,作出批准手续的主体层级比较高,但是这显然不足以制约技术侦查权的滥用,特别是掌握批准主体和执行主体出现完全重合的时候。侦查权缺乏制约具体表现在以下方面:

1. 事前制约不充分

诚如前文所述,新《刑事诉讼法》尽管要求“经过严格的批准手续”,但是批准的标准很不明确,使得侦查部门的裁量权实际上受不到严格的事前控制。不过这方面的问题并非不可补救,有的国家借助中立的审查机关从批准程序上制约侦查机关的自由裁量权,从而在很大程度上避免了技术侦查权的滥用。遗憾的是,中立的批准主体和细化的批准程序恰恰是本次刑事诉讼法修改的软肋。

当前对于技术侦查批准标准的把握,主要有两种模式,一种模式将标准定得很严格,使得技术侦查机关的裁量权在实体上就被压缩得很有限;另一种模式则将标准定得相对宽松,但是却非常强调中立的审查机关从批准程序上制约侦查机关的裁量权。前者的代表如德国和日本模式,后者的代表如美国模式。

以德国为例,《德国刑事诉讼法典》对监视、录制电讯的适用限于列举的反和平罪、叛逆罪、危害国防罪、谋杀罪、结伙盗窃罪等5大方面罪行,至于在监视、录制电讯的必要性方面,只能因为“一定的事实使得有理由怀疑某人作为主犯、共犯犯有下述之一罪行,或者在未遂也可罚的情况中实施未遂,或者以犯罪行为预备实施这些罪行的时候,在以其他方式不能或者难以查明案情、侦查被指控人居住的条件下,允许命令监视、录制电讯往来”。^[12]

美国的立法模式虽不像德国那样强调实体控制,但是比较关注批准手续中的程序控制。美国有关技术侦查的批准手续脱胎于美国《宪法》第四修正案中的禁止无令状搜查条款,即将法院签发的批准令作为实施技术侦查的基本前提。此后的国会立法不过是对《宪法》第四修正案规定的具体化。在1968年《综合犯罪控制与街道安全法》中,法院批准截取通讯的令状在适用范围上囊括谋杀、绑架、抢劫等8项罪名以及可判处死刑或监禁超过1年的罪行。^[13]这是一种概括式加上列举式的立法模式,与德日那种单纯列举式的立法模式相比,在范围上显然要宽得多。在批准令状的有效期上,从签发之日起不得超过30日,而且达到授权目的时必须终止,虽然对于申请和批准延期的次数没有限制,但要求每一次申请都要按照法定程序重新办理手续。在采取截取措施的必要性方面,主要有三方面条件:一是申请人采取其它调查手段但均告失败,或者即使采取这些手段亦不大可能会成功或者太过冒险,二是申请人必须证明有合理理由使法院相信:(1)某人正触犯、已触犯或将触犯本法所列某项罪行;(2)透过该截取行动将可获得与该项罪行有关的通讯内容;(3)将会在某设施或地点截取电信、口头或电子通讯,而该设施或地点被该人正在使用、将会使用或经常使用。三是申请人要证明截取行动能尽量减少截取若无必要不应被截取的通讯,例如与行动目标无关、不切题及不涉刑事罪行的通讯,无论是截取对象或申请中并无提及的其它人士的通讯。^[14]

[12] 《德国刑事诉讼法典》,李昌珂译,中国政法大学出版社1998年版,第31页。

[13] “Omnibus Crime Control and Safe Street Act of 1968”, Sec. 2516(1)(a) - (r). Procedure for interception of wire or oral communications, *Public Law* 90 - 351; 82 STAT. 197.

[14] 参见黄少健:《选定司法管辖区对截取通讯的规管》,香港立法会秘书处资料研究及图书馆服务部2005年版,第21-22页。

总的来说,要想让技术侦查权不被滥用,普遍的经验就是用中立的批准权和相对清晰的批准标准对其进行事前制约。而在我国,在 2012 年刑事诉讼法修正案通过前,对于公安机关技术侦查,一直采取自我批准、自我监督的办法;缺乏中立的机构对之行使批准权,同时也没有公开的批准程序和标准,一旦公安机关内部的批准手续失灵,便没有任何外在的修复机制,这极容易给嫌疑人和被告人的基本权利造成损害,并且与法检公三者互相制约的宪法精神相悖。在刑事诉讼法修正案通过后,尽管在批准的标准上有所规定,但是这些标准很不明确,给侦查机关很大的裁量空间,如果再不能贯彻各机关之间互相制约的宪法精神,那么技术侦查措施的滥用更加难以避免。

2. 事后制约难弥补

事前制约不充分,事后制约是否可以弥补?本次《刑事诉讼法》修改确立了非法证据排除规则,而技术侦查获取的材料可以作为证据使用,在审判过程中,法院是否可以有效运用非法证据排除规则制约技术侦查,以弥补之前批准手续的疏漏呢?笔者以为,非法证据排除规则的制约作用是很有限的,特别是当技术侦查材料未被当作证据使用时。《公安机关办理刑事案件规定》第 263 条规定:“向人民检察院移送案件时,只移送诉讼卷,侦查卷由公安机关存档备查。技术侦查获取的材料,需要作为证据公开使用时,按照规定采取相应的处理。”同样的,新《人民检察院刑事诉讼规则》也规定,检察院向法院只移送作为证据的技术侦查材料。从中不难看出,当侦查机关向法院移送技术侦查材料时,首先要经过侦查机关自我掌控的过滤机制,最终能成为证据的只是进入庭审的部分,而非侦查的全部内容;至于没有进入庭审的部分,即使涉及侵犯侦查对象基本权利的内容,法院也无从审查。虽然新《刑事诉讼法》也规定技术侦查人员对获悉的隐私信息有保密义务,对与诉讼无关的信息有销毁义务;但是如果侦查人员不遵守相应的保密和销毁义务,而且技术侦查的情况又确实属于国家秘密不能向当事人披露,或者即使当事人知晓也无法在法庭上主张,那么当事人的基本权利如何能得到保护呢?因此,不能完全指望运用非法证据排除规则来审查技术侦查材料,对于那些没有进入审判程序的技术侦查,仍然少不了严格的事前批准手续。

尽管由于新《刑事诉讼法》施行不久,非法证据排除规则的不足还没有显现;但是域外的实践已经给我们提供了这方面的教训,其中最典型的莫过于美国“无证监听案”,原告认为被告的监视计划违反《1978 年外国情报监视法》有关截取境内美国居民的信息必须获得法院批准令状的规定,同时还违反了美国宪法第一修正案、第四修正案。原告请求法院确认恐怖分子监视计划违法,并对之发布一项禁令。一审法院支持了原告的诉求,不过,在二审中,巡回法院回避了无证监视计划的合宪性问题,认为由于监视计划属于国家机密,被上诉人不能举出证据证明他们是恐怖分子监视计划的对象;所以不具有原告资格。最终,法院支持上诉人的请求。^[15]被上诉人对巡回法院的判决不服,又上诉到联邦最高法院,到了 2008 年,联邦最高法院在对案件未作任何评论的情况下,将案件发回。^[16]

对于上述案件,之所以原告对违法监视的挑战遭遇失败,重要的原因是非法证据排除规则无用武之地:一方面,原告没有因涉嫌恐怖犯罪而被起诉至法院,监视的成果没有转化为证明犯罪的证据;另一方面,监视计划本身又属于国家机密,原告自然无法从政府获得自己

[15] American Civil Liberties Union et al. v. National Security Agency / Central et al., 493 F.3d 644 (6th Cir. 2007)

[16] Robert Barnes: "ACLU's Suit Against Wiretapping Is Declined". *Washington Post*. 2008 - 02 - 20.

受监视的证据。正如有美国学者评论道：“原告发现自己几乎不可能满足起诉的条件，因为这要求他能够主张其受到了一个实际的、特定的损害，而事实上原告不能提供个人受到监视的证据，因为政府可以运用国家秘密特权拒绝将相关证据提供给他们。”^[17]在这两方面共同因素作用下，法院难以受理案件，更不用说从非法证据排除的角度对监视计划进行审查。此时，对监视计划的唯一制约就是法院批准监视的令状，如果绕开这个令状，监视计划就确实无法无天。好在美国社会对于监视计划的失控是十分警觉的，维权者在司法挑战失败的情况下，又通过政治途径对政府施压，迫使其重新落实《外国情报监视法》中的批准令状制度。

（二）不利于保障公民的基本权利

在自我批准体制下，技术侦查权必然难以得到有效的制约，进而有可能侵犯公民受宪法保护的通信权、住宅不受侵犯权、言论自由等基本权利。

1. 侵犯通信权

非中立性的技术侦查不能给公民的通讯自由提供有效的程序保障。通信权包括通信自由与通信秘密两个方面，其中“通信自由”是指公民通过信件、电报、电话等形式表达自己意愿的自由。“通信秘密”是指公民与他人的信件或电报、电话中的一切内容，任何组织或者个人不得偷听、偷看或采取其他方式获取通信内容。^[18]通信权对于一个民主社会的健康发展至关重要。正如有学者所说，“不能让民众对没有监督的政府监听权力产生恐惧，同样也不能让这种恐惧阻碍公民在私人谈话中对政府的行为进行交流并发表不同意见，允许个人私下发表不同意见对我们的自由社会是必不可少的。”^[19]

在保障通信权方面，我国《宪法》第40条规定，“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要，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，任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。”解读该条的关键在于把握“法律规定的程序”的涵义，一方面，未经“法律规定的程序”不得限制公民的通信自由，意味着相关程序只能由全国人大及其常委会制定的法律来规定，而不能以公安机关或检察机关作出的解释或其他规范性文件来规定。不过，从目前的情况看，批准手续的具体内容就是由公安部和检察机关的解释或内部文件所规定的，这显然不符合宪法中的法律保留要求。另一方面，仅仅从该条出发我们尚不能看出“法律规定的程序”如何分工，只能知道公安机关或检察机关是“检查”主体。这里的检查主体是批准主体，还是执行主体呢？宪法条文的涵义要从整体把握，从上文对《宪法》第135条的解读来看，技术侦查的批准主体与执行主体重合违背法检公三者互相制约的精神，所以公安机关或检察机关只要是以侦查机关的面目出现，就只能作为执行机关，而“法律规定的程序”应当由一个独立于执行机关的批准机关主导。如此一来，通信权在程序保障上将不会低于《宪法》第37条规定的人身权，因为按照第37条规定，剥夺人身自由的逮捕实行批准

[17] Michael C. Miller: “A Modified Standard for Challenges to Secret Government Surveillance”, *Rutgers Law Review* [Vol. 60: 4], P1040.

[18] 全国人民代表大会常务委员会办公厅研究室政治组编：《中国宪法精释》，中国民主法制出版社1996年版，第166页。

[19] [美]阿丽塔·L·艾伦·托克音顿：《美国隐私法：学说判例与立法》，冯建妹等译，中国民主法制出版社2004年版，第135页。

机关和执行机关分离。也许有人认为通讯权不应得到与人身权同等的待遇,但是笔者以为不然,因为这符合社会发展和人权保障的趋势。随着技术侦查的引入,刑讯逼供正逐步退出历史舞台。朱苏力先生就曾指出,“今天刑讯逼供之所以在各国,尤其是在发达国家都在减少,很大程度上(尽管并非全部)是由于科学技术的发展及其在司法中的广泛采用”。^[20]当科学技术成为侦查机关日益倚重的手段时,对侦查权的制约就不能局限于侵犯人身自由的刑事强制措施,还应放眼于侵犯通信权、言论自由等基本权利的技术侦查措施,而在相关制约程序设置上,技术侦查的批准手续也应与逮捕的批准手续一样,体现法检公互相制约的宪法精神。甚至在某种程度上,技术侦查应当更强调事前获得中立机关的批准,因为与强制措施不同,技术侦查是秘密实施的,相对人对之毫不知情,不能在侦查阶段及时行使申诉、控告权。

2. 侵犯言论自由

非中立性的技术侦查机制会对人们的交流产生寒蝉效应,并对须特殊信任关系的行业产生破坏性影响,不利于民主政治与和谐社会的实现。言论自由有广义和狭义之分,前者是指公民享有宪法赋予的通过语言表达自己的真实意思的自由,而后者则不包括文字。在一般情况,都取言论自由的前一意思。在现代社会中,言论不仅是人们表达思想、沟通信息,开展社会交往的一种基本方式,同时也是参与管理国家事务和社会事务的重要手段。没有言论自由,公民的其他各项民主权利也就无从得到实现。^[21]

对于言论自由,我国《宪法》第 35 条规定:“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”就技术侦查对言论自由的影响,有学者认为其比法律明确规定的限制或剥夺人们的言论自由更为可怕,因为法律的规定是在明处,人们会有所准备和防范,而技术侦查在暗处,它更容易引起人民普遍性沉默,会给人们心理带来巨大的强制力,从而无形地钳制人们的言论自由。^[22]事实上,在美国宪法判例中,言论自由面临无形压力被称为“寒蝉效应”,是违反美国宪法第一修正案的。在前引美国公民权利联盟等诉国家安全局一案中,法官就认为原告通过电话或者电子邮件与海外交流的意愿遭遇寒蝉效应,因为他们的海外联络人担心,一旦美国国安局利用监视计划发现某些隐私信息,自己就会面临美国政府、他们自己的政府或者其他人的报复。这一担心导致这些海外联络人拒绝与原告通过电话或发邮件开展交流,由此将给原告的工作表现或者其他合法利益造成负担,因为为了追求他们选择的职业或者组织目标,他们必须前往海外会见联络人。^[23]

在各国技术侦查批准手续的规定中,有一类人员的言论自由需要特别保护,批准机关一般不会授权对他们采取任何技术侦查措施。这类人员是享有拒证特权的人,如果与他们交流,即便是与案件事实有关,也不应受到技术侦查。享有拒证特权的人所从事的是需要高度信任关系的职业,如律师、医生、牧师。让他们的言论自由免受技术侦查的限制,不仅出于这些行业生存发展的需要,还基于给整个社会减压的考虑,体现国家对此类高度信任关系的特殊关怀。不少国家的立法明确规定有拒证特权的人不受技术侦查,如日本《监听法》第 15 条就规定:“对于与医师、牙科医师、助产士、护士、律师(包括外国法事务律师)、代办人、公

[20] 朱苏力:《窦娥的悲剧——传统司法中的证据问题》,《中国社会科学》2005 年第 2 期。

[21] 参见全国人民代表大会常务委员会办公厅研究室政治组编:《中国宪法精释》,第 154 页。

[22] 参见孙长永主编:《侦查程序与人权保障——中国侦查程序的改革和完善》,中国法制出版社 2009 年版,第 307 页。

[23] American Civil Liberties Union et al. v. National Security Agency/ Central et al., 06 - CV - 10204 (E. D. Mich.)

证人、宗教职业者(监听令状记载为被疑人的除外)之间的通讯,认为系受他人委托而进行的关于其业务的通讯时,不得进行监听。”^[24]《意大利刑事诉讼法典》第103条也规定:“不允许对辩护人、技术顾问以及助手的谈话和通讯进行窃听,也不得对上述人员与受其帮助的人员之间的谈话和通讯进行窃听。”^[25]

我国新《刑事诉讼法》在“技术侦查措施”一节中没有表明哪些主体可以免受技术侦查,仅在该法“辩护与代理”一章中规定,“辩护律师会见犯罪嫌疑人、被告人时不被监听。”对此,笔者不禁要问,律师在羁押场所外会见被追诉人近亲属时是否可以被监听?在举国关注的重庆“文强案”中,重庆原公安局副局长文强辩护律师回忆,“接待周晓亚(文强的妻子)的委托人那天,双方谈话前的‘怪诞举止’,让我每次回忆起来,还是觉得既好笑又无奈。当时,我住在重庆某酒店。委托人进房间后,先将自己手中的3部手机的电池板抠下,放进洗手间,并用浴巾掩盖好。我也按照如此“程序”做好准备。随后,双方的谈话开始。”^[26]在这起案件中,委托人对技术侦查的恐惧可见一斑。可以说,在刑事司法实践中,侦查机关对律师和委托人的技术侦查屡见不鲜,这不仅对律师和委托人的信任关系有很强的破坏作用,还严重削弱了本已十分脆弱的控辩平衡,进而威胁到整个诉讼公正的实现。有鉴于此,笔者以为《刑事诉讼法》应当扩大免受技术侦查者的范围,不能局限于律师会见在押被追诉人时的情形。

3. 侵犯住宅安宁权

非中立性的技术侦查机制极容易侵犯公民住宅中的“绝对隐私区域”。住宅作为个人的庇护所和最后尊严的维护地,是神圣不可侵犯的,即便是强大的公权力,也必须在它面前止步,正如查塔姆伯爵威廉·皮特所说的,“最贫穷的人可以在其村舍中与王室的一切军队对抗。村舍可能脆弱,屋顶可能动摇,狂风可能吹打,暴风雨可能袭来,但是英国国王不得进入,他的一切武装力量不敢跨越已经倒塌的村舍的门槛。”^[27]住宅既是公民生活和居住的场所,也是公民个人财产的主要存放地点,它构成了公民赖以生存的最基本条件。每一个公民在自己的住宅内享有最大限度的人身自由。因此,住宅不受侵犯的权利同其他权利,如人身权、财产权、休息权等有着密切的联系,对其他权利的实有着重大影响。^[28]我国《宪法》第39条规定:“中华人民共和国公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。”从中可以看出,制宪者对“非法搜查”和“非法侵入”这两种行为格外关注,但是这不能理解为对所有侵犯公民住宅安宁的具体行为所作的穷尽式列举。事实上,随着刑事科技的发展以及司法文明的推进,借助各种技术侦查手段实施的“暗战”已经逐步取代以往的“明闯”。相应地,住宅不可侵犯也更多地表现为个人可以获得一块现代政府监控手段无法触及的绝对隐私区域。^[29]

有些国家的法律明文禁止批准对住宅的监听,如日本《监听法》第3条规定:“除通讯营业者等看守的场所以外,不得在有人住居或者有人看守的宅邸、建筑物或船舶内进行。但经

[24] 宋英辉:《日本刑事诉讼法》,中国政法大学出版社2000年版,第211页。

[25] 黄风译:《意大利刑事诉讼法典》,中国政法大学出版社1984年版,第38页。

[26] 赵晓秋:《文强妻子辩护律师自述:辩护委托如履薄冰》,《法律与生活》2010年第6期。

[27] 中国政法大学刑事法律研究中心组织编译:《英国刑事诉讼法选编》,中国政法大学出版社2001年版,导言第5页。

[28] 参见全国人民代表大会常务委员会办公厅研究室政治组编:《中国宪法精释》,第164页。

[29] Jonathan L. Hafetz: “A Man’s Home is his castle? Reflections On the Home, the Family, and Privacy During the late Nineteenth and Early Twentieth Centuries”, *William & Mary Journal of Women and the Law*, vol:8, p. 179.

住居主人或看守人或者代表他们的人承诺时,不在此限。”^[30]当然,也有国家允许对住宅实施技术侦查,不过要经过中立机构的严格批准。与日本禁止批准监听住宅的规定不同,美国最高法院的判例允许监听住宅,但前提是遵循美国宪法第四修正案,该修正案的核心是搜查必须获得法院的批准,而法院批准的前提是侦查人员提供认为有罪的合理根据、宣誓或证明、搜查的地点、对象的具体情况。在 20 世纪 60 年代之前,美国最高法院一直不认可侦查机关的监听行为受到宪法第四修正案的规制,在 1928 年的奥姆斯特德诉美国^[31]一案中,首席大法官塔夫脱代表法院发表意见时指出,“第四修正案并不禁止监听,它既不属于搜查,也不属于扣押。”随着时代的发展,到了 1967 年,在伯格诉纽约州^[32]一案中,最高法院判决,政府在未经法院批准的情况下对住所或办公室实施窃听违反第四修正案,克拉克法官说道:“我们不能以执行法律的名义来免除宪法第四修正案的要求。因为这是很久以前就确认为美国每个家庭隐私基础的一项基本原则。”可见,美国最高法院通过揭示第四修正案背后蕴藏的“隐私利益”,破除了“搜查”、“扣押”这些形式化概念的束缚,让法院的批准手续成为技术侦查的唯一前提,从而实现了对公民住宅权更加全面的保护。美国宪法判例的转变给我们一个重要启示:我国宪法也规定禁止“非法搜查或者非法侵入公民的住宅”,在解读该条文蕴含的合宪性基准时,我们不能拘泥于“搜查”、“侵入”的字面含义,而要挖掘条文背后的含义,即从保护公民高度隐私利益的角度出发判断各种技术侦查手段的合宪性。

结合国内外的经验教训,总的来说,在把握新《刑事诉讼法》批准的范围时,我们不得不面对能否对被追诉人及相关人员的住宅实施技术侦查的问题。从现有规定来看,我们看不出立法将住宅排除在技术侦查的批准范围之外,但这并不意味着住宅可以遭到技术侦查的随意侵犯,住宅作为公民赖以生存的最基本条件,必须得到起码的保护,而保护的关键在于中立的批准程序和严格的批准条件,唯有此才能避免侦查机关对公民住宅滥用技术侦查手段。

四 如何在宪法框架下构建严格的批准手续

从前文的分析中可知,唯有落实《宪法》中的法检公互相制约原则,才能避免技术侦查的自由裁量权滥用,进而保障公民的通信权、言论自由、住宅安宁等宪法权利。而贯彻法检公互相制约原则的关键又在于依据宪法构建严格的批准手续,鉴于国内外在技术侦查领域的利弊得失,这个批准手续一定不能是只受侦查部门自我控制的、粗疏的、不受外部监督的批准手续,而应该是一个中立的、细化的、受到外部监督的批准手续。

(一) 中立的批准手续

应当建立由法院主导的、中立的技术侦查批准手续。从《宪法》规定的法检公互相制约原则出发,构建中立的批准手续主要有两大选项:或者由检察机关和法院分工负责,即当公安机关实施的技术侦查时,由检察院签发批准令;当检察机关实施的技术侦查时,由法院签发批准令。或者完全由法院主导,即无论是公安机关还是检察机关实施技术侦查,都由法院

[30] 宋英辉:《日本刑事诉讼法》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 211 页。

[31] *Olmstead v. United States*, 277 U. S. 438.

[32] *Berger v. New York*, 388 U. S. 41 (1967).

签发批准令。对于这两大选项,哪一项更符合互相制约的宪法精神呢?

有学者认为:“基于我国的司法体制,核发批准监听书的机关以检察机关为宜。这是由检察机关作为国家法律监督机关的性质决定的。”^[33]还有学者认为:“从长远制度完善的角度来看,技侦手段的适用应当采取法官审查的司法审查程序,而侦查机关提出适用申请应当经由检察官作出相应的申请决定,这样检察官对技术侦查的监督作用方可切实实现。从目前的改革实践情况来看,作为过渡阶段,可以考虑将技侦手段的审批权交由检察官负责,初步建立起技侦外部审批机制。”^[34]

笔者以为,完全由法院主导,更能发挥制约效能,也更能体现法检公互相制约条款背后蕴藏的法治和人权价值。在我国的宪法和法律体系中,与法院纯粹的审判角色不同,检察机关的角色很复杂,其不仅是公诉机关,还是侦查机关和法律监督机关,甚至在有些情况下,检察机关甚至与公安机关合作侦查案件,譬如按照《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会关于〈刑事诉讼法〉实施中若干问题的规定》,“公安机关侦查刑事案件涉及人民检察院管辖的贪污贿赂案件时,应当将贪污贿赂案件移送人民检察院;人民检察院侦查贪污贿赂案件涉及公安机关管辖的刑事案件,应当将属于公安机关管辖的刑事案件移送公安机关。在上述情况中,如果涉嫌主罪属于公安机关管辖,由公安机关为主侦查,人民检察院予以配合;如果涉嫌主罪属于人民检察院管辖,由人民检察院为主侦查,公安机关予以配合。”试想,某个案件涉及到多个罪名,分属公安机关和检察机关侦查,两机关须相互配合,检察机关管辖的罪名本不必展开技术侦查,但检察机关完全可以在向法院获得批准令不成的情况下,批准公安机关实施技术侦查,间接实现自身目的。此外,按照新《刑事诉讼法》以及新《人民检察院刑事诉讼规则》的规定,检察机关采取技术侦查,在具体执行上,仍然交给“有关机关”,从历史上看,一直是公安机关协助检察机关执行,检察机关自身不掌握技术侦查所需的技术力量,如今我们尚看不到检察机关自建技术力量的报道,如果在这方面继续依赖公安机关,那么我们又怎能保证其在签发批准令方面的中立性?相反,若由法院签发技术侦查批准令,由于其完全不介入侦查阶段,有关中立性的问题就迎刃而解了。此外,在刑事诉讼中,检察机关的控诉职能决定其往往站在侦查对象的对立面,其中立性当然不如发挥审判职能、确保控辩平衡的法院。

同时,还要注意到,法院主导的批准手续已经为越来越多的国家接受,渐渐成为一种国际趋势。据香港立法会秘书处统计,时至今日,除英国及受其影响的印度和新加坡等三个国家仍然实行政治主导模式,其他国家多实行法院主导模式或法院与行政并行模式。主要法治发达国家,如美国、德国、法国、意大利、加拿大、瑞士、日本等国均实行一元化的法院主导模式。^[35]就连长期在英国法浸淫下的香港也一改之前《电讯条例》中由行政长官签发截讯手令的模式,在2008年生效的《截取通讯及监察条例》中明确由法官签发截讯手令。实际上,即使是实行政治主导和检察主导模式的国家也引入了很浓厚的司法因素。以英国的行政主导模式为例,司法因素最直接的体现就是审裁处对批准令的审查。审裁处本质上就是特别法院,专门在事后审查批准令的合法性,并协助专员和首相监督行政机关,同时给公民

[33] 王琳:《论刑事诉讼中的监听》,《人民检察》2002年第9期。

[34] 程雷:《论检察机关的技术侦查权》,《政法论坛》2011年第5期。

[35] 参见黄少健:《选定司法管辖区对截取通讯的规管》,香港立法会秘书处资料研究及图书馆服务部2005年版,第21-22页。

提供救济。相对于法院主导的体制,审裁处的司法功能体现在批准令签发后,而非签发过程中。^[36] 澳大利亚的检察主导模式中蕴藏的司法因素就更为明显,因为国内普通的刑事技术侦查由总检察长提名的法官签发批准令^[37],而总检察长非常尊重司法独立,从这个意义上讲,法院是国内技术侦查活动的主要审查力量,而总检察长不过是从宏观上进行监督罢了。

综上所述,由法院签发技术侦查批准令,最能保证批准的中立性和公正性,也最能体现法检公互相制约的宪法精神,这种制度安排已经为多数国家的立法和司法实践所认可,也值得我国借鉴。

(二)细化的批准手续

符合法治精神的批准手续必然是细化的批准手续。我国《宪法》第5条规定,“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家”,这里所谓的“法治”一定是一个具有“科学性”、“合理性”和“可操作性”^[38]的法治,即“良法之治”;而不只是简单的“有法可制”。粗疏的批准手续显然与法治的明确性要求相悖,既不能有效制约侦查机关的自由裁量权,也不足以保障公民的基本权利。故而应当从申请、批准两大环节细化现有的批准手续。

1. 在申请环节要明确申请主体和理由

申请主体应当为侦查机关的高级主管人员,或得到其授权的人员。从各国技术侦查立法来看,有的国家申请主体级别非常高,如英国的申请主体是保安及情报机关的首长、警察总长、海关关长;^[39]有的国家尽管申请主体级别不高,但申请书要经过高级官员的授权,如美国联邦警察提出技术侦查申请前,要获得司法部部长、副部长或高级助理授权。^[40]之所以对申请主体或授权申请主体有这么高的级别要求,是因为要保证技术侦查在申请环节就受到严格的内部控制。对此,我国也不能将申请权随意设置,而应根据人口规模、治安状况、侦查能力等综合因素合理确立申请主体或授权申请主体的级别,在申请环节就杜绝不必要的技术侦查。同时,也不能忽视,我国是一个行政本位十分强大的国家,如果申请主体是公安厅厅长,而批准主体是县级法院,那么后者对前者将难以起到有效制约作用。因此,从发挥批准实效的角度出发,批准主体的级别也应能与申请主体对应。至于申请的理由,申请人应当能够证明:首先,拟侦查对象涉嫌法定的严重罪行;其次,采取其他方法难以收集证据,有必要采取技术侦查;最后,侦查的内容与案件相关。

2. 在批准环节要贯彻重罪原则、必要性原则及相关性原则

从前文中,不难看出,各国在关于技术侦查申请的审查和批准上,基本上都要遵循三个原则,即“重罪原则”、“必要性原则”和“相关性原则”。对于这三大原则,尽管我国新《刑事诉讼法》和新《人民检察院刑事诉讼规则》均有所涉及,但是亟待更细化的规定。

第一,“重罪原则”,新《刑事诉讼法》通过列举特定罪行和概括规定“重大犯罪”的方式

[36] “Regulation of Investigatory Powers Act 2000”, Part IV Scrutiny etc. of investigatory powers and of the functions of the intelligence services, Sec 63 - 65, Published by the Stationery Office, 2007.

[37] “Telecommunication (Interception) Act 1979.” Act No. 114 of 1979 as amended, Part 1 - 2 - interpretation, Sec 6D. Judges, Prepared by the Office of Legislative Drafting and Publishing, Attorney-General’s Department, Canberra, 2005.

[38] 国务院新闻办公室:《中国特色社会主义法律体系》白皮书,人民出版社2011年版,第40页。

[39] “Regulation of Investigatory Powers Act 2000”, Part I Communications, 6, Application for issue of an interception warrant, Published by the Stationery Office, 2007.

[40] “Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968”, Sec 2516, Authorization for interception of wire or oral communications, Public Law 90 - 351; 82 STAT. 197.

加以体现。对于技术侦查所适用的重大犯罪,有的国家采取完全列举,如日本;有的国家和我国一样也采取不完全列举的方式,只不过这些国家对于其他重大犯罪一般都明确了法定刑的下限,有些国家甚至还要考虑犯罪的情节。英国《2000年调查权管理法》规定的重大犯罪包括“有组织犯罪或可判处3年以上监禁的犯罪”^[41];美国《1968年犯罪控制与安全街道统一法案》规定的重大犯罪包括“可判处死刑或超过1年的监禁”^[42]。相对于英美两国的规定,澳大利亚的规定要细致得多,其《1979年电讯截取法》规定,技术侦查仅能针对“‘一级’或‘二级’罪行,“有关罪行必须至少可以判处7年以上有期徒刑”。对于二级罪行的侦查,还须考虑犯罪的情节轻重^[43]。

把握“重罪原则”关键在于以下两方面:一方面,从立法宗旨上讲,要考察社会的犯罪形势,权衡侦查的成本和收益,合理地界定重罪范围。在衡量成本收益时,尤其不能忽视在宪法框架下预算的总体限制、分配结构以及支出的有效性。根据《宪法》第67条的规定,全国人大“审查和批准国家的预算和预算执行情况的报告。”第99条规定,“县级以上地方各级人民代表大会审查和批准本行政区域内的国民经济和社会发展计划、预算以及它们的执行情况的报告;”对于预算资金的分配显然不可能受侦查部门的意志左右,而应由代表民意的人大来权衡,这就决定了技术侦查不可能无限度实施。不仅如此,技术侦查措施先天存在不可忽视的道义成本。监听秘密性的特征使警察行为的道德约束力减弱。^[44] 道义上的先天不足必然冲击法律权威,正如丹宁勋爵曾说过的,“虽然宗教、法律和道德是可以分开的,但它们不是互不搭界的。没有宗教,可能没有道德,就没有了法律。”^[45] 法律是底线的道德,而以不道德的手段去实践道德理想,本身就是一个悖论。有鉴于此,在界定技术侦查的罪行范围时,我们必须从多方面衡量,将技术侦查这种“必要的恶”压缩到一个经济上可以承受、道义上不难接受的程度。

另一方面,从操作层面上看,要明确“重大犯罪”的类型标准和刑度标准。从各国的规定来看,所列举的犯罪类型主要是有组织犯罪和职权性犯罪,我国当然也不例外。对比其他犯罪,这两类犯罪往往很难用常规手段侦办,其中有组织犯罪往往采取单线联系,很难挖出主谋;经济实力强,技术水平高,有很强的反侦查能力;活动范围广,常常越境逃避侦查。而职权性犯罪往往属于“无具体受害人的犯罪”,真正的受害人往往是国家,而且犯罪主体又熟悉管理漏洞,很容易规避侦查。至于刑度标准,各国规定不一,有的国家定得比较高,如澳大利亚,至少要7年期以上的有期徒刑^[46];有的国家则比较低,如美国,只要达到1年期以上的有期徒刑即可^[47]。笔者以为,这也是综合考虑犯罪形势和侦办成本的结果。我国《人民检察院刑事诉讼规则》要求涉案数额在10万元以上,如果将之对应到现行《刑法》规定的贪污、贿赂罪上,那么所判处的法定刑是10年以上有期徒刑、无期徒刑和死刑。刑度标准不可谓不高,但不是所有犯罪的严重程度都可以用数额来衡量,对于公安机关侦办的犯罪,譬如抢劫罪、故意杀人罪、强奸罪都不是数额犯,这类犯罪还是有必要明确刑度标准的。考虑

[41] “Regulation of Investigatory Powers Act 2000”, Part I. Sec. 7. Issue of warrants, Published by the Stationery Office, 2007.

[42] “Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968”, Sec. 2516(1), 197.

[43] “Telecommunication (Interception) Act 1979.” Act No. 114 of 1979 as amended, 2005.

[44] 参见孙长永主编:《侦查程序与人权保障——中国侦查程序的改革和完善》,第312页。

[45] [英]丹宁勋爵:《法律的正当程序》,李克强等译,法律出版社1999年版,前言第17页。

[46] “Telecommunication (Interception) Act 1979.” Act No. 114, 2005.

[47] “Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968”, Sec. 2516(1).

到我国当前刑法规定的重刑主义倾向,这个标准不应太低。此外,还有必要注意具体的犯罪情节,对于有从重或加重情节的犯罪,优先采取技术侦查。

第二,“必要性原则”。相对于重罪原则,必要性原则更加不明确,也更需要批准机关在个案中把握。从各国的立法经验来看,必要性原则可以具体化为“排他性原则”和“比例原则”,其中比例原则还是很多法治发达国家的宪法原则,集中体现了保持国家权力和公民权利适度平衡的宪法精神。所谓“排他性原则”即采取其他方法难以收集证据或过于危险,只能采取技术侦查措施才能有效获取证据;“比例原则”要求技术侦查的目的必须与手段相称,确保所采取的手段对侦查对象的基本权利侵害程度最小。我国现有关于技术侦查的规定已经明确了排他性原则,但没有确立比例原则。《人民检察院诉讼规则》第 263 条规定,检察机关“采取其他方法难以收集证据”时,才能采取技术侦查措施。该条即排他性原则的体现。而按照比例原则的要求,首先,技术侦查要能有效地收集到犯罪证据。要想保证这一点,侦查机关必须能够让法官相信技术侦查手段的对象确有嫌疑,而且侦查的地点是嫌疑人正在使用、将会使用或经常使用的场所。侦查的内容中极有可能包含指证犯罪的证据。其次,技术侦查能够在最小限度内获得与案件无关的隐私信息,同时也能在最大程度上排除对非侦查对象的干扰。最后,技术侦查的预计支出成本、可能造成的损失与收集证据所获得的收益相称。侦查机关应该仔细评估相关技术设备以及技术人员的费用、可能受到损害的隐私信息的价值以及犯罪的危害程度、可能判处的刑罚,避免国家权力和公民权利显著失衡。

第三,“相关性原则”,具体来看,相关性原则分为以下几个方面:“与特定的犯罪行为相关”、“与特定犯罪嫌疑人相关”、“与特定的地点或设备相关”。新《刑事诉讼法》第 148 条规定侦查机关“在立案后”,才能实施技术侦查;新《人民检察院刑事诉讼规则》第 173 条规定,“不得对初查对象采取技术侦查措施”。这两条规定都强调与特定犯罪嫌疑人相关。当然,仅仅确立这一个方面是不够的,美国《1968 年犯罪控制与安全街道统一法案》规定,申请书和批准令的记载不仅要具体的人,还要指向具体的罪行以及地点或设备。^[48]实践证明,只有通过这样的限定,侦查的范围才能被控制在合理的幅度内。因此,除了表明技术侦查针对特定的被追诉人,申请人还应证明以下两方面内容:一是侦查的内容与犯罪行为相关,即透过该侦查行动将可获得与该项犯罪有关的内容;二是被侦查的地点或设备具有相关性,即所侦查的设施或地点被犯罪嫌疑人、被告人正在使用、将会使用或经常使用,同时,犯罪嫌疑人、被告人对该设施或地点采取了相当的排他性措施,从而存在合理的隐私期待。此外,我们还应考虑到一些特殊情况,譬如,当侦查对象试图规避技术侦查时,也可以申请侦查不特定的电讯设备或网络账户。又如,当特定嫌疑人运用公共通讯服务时,申请人可以请求有关的第三者(如通讯服务商)提供所需的数据、设施及技术援助,以对相关服务干涉最少的方式完成技术侦查。

在运用相关性原则时,还要考虑对一些特殊人士和地点予以特别的保障。前者涉及特殊人士的通信权,而后者涉及公民的住宅安宁权。特殊人士主要是职业上依赖于高度信任关系的人士,如医生、律师、牧师,对于这些人士与犯罪嫌疑人的交流,一般不能采取技术侦查,除非有确凿证据证明这些特殊人士本身已经参与犯罪,而且对这些犯罪可以实施技术侦

[48] “Omnibus Crime Control and Safe Street Act of 1968”, Sec. 2518. Procedure for interception of wire or oral communications, Public Law 90 - 351; 82 STAT. 197.

查。特殊的地点主要指一些受宪法保护的高度隐私区域,如住宅,批准机关通常不能授权对住宅采取技术侦查,除非有证据证明住宅已经异化为实施犯罪的场所,或主要家庭成员均参与犯罪组织。

[Abstract] Ratification serves as a key in controlling the state power in technical investigation and protecting civil rights. The Chinese Criminal Procedure Law requests strict ratification in technical investigation, but it does not precisely define the contents, subjects and procedures of the ratification. Previously, the ratification of a technical investigation was usually issued in secret, and the investigation department had complete discretion in deciding the operation and the filing procedure. This not only broke the balance of the internal justice system, but also infringed in basic civil liberties under the Constitution such as the right of communication, the inviolability of the residence, and the freedom of expression. In consideration of the advantages and the disadvantages in the technical investigation practices in China and abroad, the ratification could not be a slipshod procedure which is controlled by the investigation department itself and without any external supervising system. The ratification should be neutral, delicate and monitored by an organization outside the investigation department. Specifically speaking, courts are the most suitable institutions for ratification, and the applicants should be the supervisors of the investigation department or people who are authorized by supervisors. The applicants should provide concrete facts and reasons, and the subjects who is in charge of approval should follow the necessity principle, relevance principle and the principle against grievous crimes.

(责任编辑:王雪梅)