

同一数据在诉讼程序转化后的使用限制及证成

李 倩

内容提要:为限制公权力对公民个人数据的无限度使用,目的约束原则主张公权力机关对公民个人数据的处理(使用)行为不能背离最初的目的设定。鉴于警察机构的双重功能属性,警方在行政执法和刑事司法领域收集数据的目的不尽相同,前者数据收集的目的在于危害防卫,后者是追诉犯罪。在“行刑衔接”以及“行刑反向衔接”的诉讼程序转化中,个人数据的处理(使用)要考虑目的约束原则的限制。德国联邦最高法院2017年作出的“传奇控制”的判决,加之《德国刑事诉讼法》新修订的479条第2款,呈现出德国利用假定替代干预原则的思路论证“目的改变”下数据使用的合法性。假定替代干预原则可以为我国从非刑事诉讼程序中收集的个人数据、技术侦查措施下收集的证据以及“偶然发现”在后续刑事诉讼程序中的使用提供理论上更精当的论证方案。与此同时,在行刑反向衔接后,个人数据的使用亦需要限制。

关键词:个人数据 诉讼程序转化 假定替代干预原则 证据使用禁止

李倩,天津大学法学院副教授。

一 问题的提出:目的约束原则对数据处理(使用)的限制

我国《宪法》第33条人权条款以及第38条人格尊严条款内含个人信息自决权(个人信息受保护权)。^[1] 个人信息自决权保护公民个人自行决定是否以及如何披露个人情况的权利。在公法领域,为了保障公民个人信息自决权,限制公权力对公民个人信息的无限度干预,在对公民个人数据的收集以及处理(使用)方面,提出目的约束原则。目的约束原则代表了各国数据保护法的基本法律原则,在欧盟《通用数据保护条例》(*General Data Protection Regulation*)、《德国联邦数据保护法》(*Bundesdatenschutzgesetz*)以及我国《数据安全法》《个人信息保护法》中均有所呈现。目的约束原则指是,公权力机关对公民个人

[1] 参见赵宏:《信息自决权在我国保护现状及立法趋势前瞻》,《中国法律评论》2017年第1期,第154页;王锡锌、彭箴:《个人信息保护法律体系的宪法基础》,《清华法学》2021年第3期,第13页。

数据的处理(使用)行为不能背离最初的目的设定。^[2] 它包含两方面的意涵:第一,由于个人数据的后续处理(使用)受目的约束原则的制约,只能基于收集数据的目的而使用;第二,不仅是个人数据的收集,任何进一步的处理(使用)都意味着对被收集数据的公民基本权利的侵犯或潜在侵犯的进一步加剧,并且最终会影响数据主体的信息自决权。如果数据用于其他目的,也即“目的改变”,则意味着对个人信息自决权或者是在个案中,相关的更具体的基本权利的重新损害。^[3] 因此,出于“不同目的”的数据使用需要有在特定法领域中的授权依据,^[4] 这些数据在诉讼程序转化后不能毫无限制地被使用。

刑事司法实务中涉及数据“目的改变”后的使用,极有可能出现如下争议:第一,若行政执法机关在法律、行政法规规定的目的和范围内收集数据,这些数据能否突破目的约束原则,直接根据《刑事诉讼法》第54条第2款在后续的刑事诉讼程序中作为证明方法用于“刑事追诉”? 这是否会侵犯公民的个人信息自决权? 第二,若行政执法机关最初收集数据的目的被限定在特定领域且不能另做他用,这些“只能用于特定领域需要”的数据能否用于刑事追诉? 第三,若刑事侦查机关在侦查阶段采取技术侦查措施,但在满足特定严格条件下收集的证据未能发现被指控的重罪,而在此过程中的“偶然发现”能否用于指控涉案当事人其他尚未达到可实施秘密侦查的轻罪乃至行政违法行为? 原始的技术侦查措施的批准令是否包含“偶然发现”下轻罪以及行政违法行为的数据收集? 第四,如果在A刑事案件中,警方收集了受害人甲的数据,受害人甲的数据能否用于在B刑事案件中作为指控甲作为犯罪嫌疑人的证据? 此时,在B刑事案件中,若我们使用前期甲作为受害人的数据,也是“目的改变”。貌似这些问题,如果从刑事诉讼实质真实观的角度出发,我们都会得出“证据可以用作定案根据”的结论,但若从目的约束的视角来看,我们有必要将最为广泛的刑事诉讼调查权限制在必要的数据使用目的之内。

本文从德国联邦最高法院2017年的判决出发,以《德国刑事诉讼法》新修订的第479条第2款为基础,解释假定替代干预原则在德国刑事诉讼程序中的呈现,以期为我国从非刑事诉讼程序中收集的个人数据、技术侦查措施下收集的证据以及“偶然发现”在后续诉讼程序中的使用提供理论上的论证方案。与此同时,在行刑反向衔接后,个人数据的使用亦需要限制。

二 假定替代干预原则在德国刑事诉讼程序中的呈现

德国立法者试图在刑事诉讼程序的各个阶段通过法律规范来考虑目的约束原则的限

[2] 参见赵宏:《告知同意在政府履职行为中的适用与限制》,《环球法律评论》2022年第2期,第50页。

[3] Vgl. Singelstein, Strafprozessuale Verwendungsregelungen zwischen Zweckbindungsgrundsatz und Verwertungsverboten. Voraussetzungen der Verwertung von Zufallsfunden und sonstiger zweckfremdender Nutzung personenbezogener Daten im Strafverfahren seit dem 1. Januar 2008, ZStW 120, 2008, 854, 856. 如果个人数据的收集方式具有干预公民基本权利的特性,则目的改变后的数据处理(使用)意味着对个人信息自决权的更大侵犯。

[4] Vgl. BVerfGE 100, 313, 359 f.; Singelstein, Strafprozessuale Verwendungsregelungen zwischen Zweckbindungsgrundsatz und Verwertungsverboten, Voraussetzungen der Verwertung von Zufallsfunden und sonstiger zweckfremdender Nutzung personenbezogener Daten, ZStW 120, 2008, 854, 856.

制。^[5] 从目的约束的角度来看,一旦将从其他非刑事诉讼程序中收集的数据用于刑事追诉,或者将用于刑事追诉目的而获得的数据用于其他场域,或者将来自干预强度较大的侦查措施中收集到的数据用于指控非重大犯罪,都属于“目的改变”,此时需要有允许为“其他目的”使用的法律依据。德国刑事诉讼法为了能够在目的改变之后,基于刑事追诉的目的“合法”使用有关数据,提出假定替代干预原则予以论证。

(一)“传奇控制”案件判决

德国联邦最高法院于 2017 年 4 月作出“传奇控制”案件判决,详细论证了警察措施混合情况下如何评价双重功能措施这一有争议的问题,承认警察机构的双重功能属性(镇压与预防)并有选择权。判决认为,无论是《德国刑事诉讼法》抑或特定领域的危害防卫法(*Gefahrenabwehrgesetz*)^[6]都没有普遍优于对方适用的权限;警方在已经启动的刑事侦查活动中,可以为了避免危险发生,基于预防性的目的采取行动。^[7] 在该案中,法兰克福警方为搜集用于指控犯罪嫌疑人 A 跨境贩卖毒品的证据,同时为了防止大量毒品从荷兰流入德国以及不妨碍对当时尚在摩洛哥的同案犯 B 的秘密侦查,决定对其采取“传奇控制”。

1. 判决过程

在 A 开车入境后,法兰克福警方最初与高速公路警察取得了联系,高速公路警察获得了 A 的车辆信息,并被告知其目的是要找到被隐匿的麻醉品。法兰克福警方告知高速公路警察:找一个借口“假意”拦截 A,如果 A 逃跑,则不需要再继续追截。高速公路警察在跟随 A 的车辆行进过程中发现,A 在一个建筑工地内以每小时 10 公里的速度行驶,于是向 A 招手。他们问 A 是否携带违禁物品,A 否认。随后,其他警察带来嗅毒犬,嗅毒犬在车内发现了 8 公斤可卡因。在此基础上,侦查法官签发了对 A 的逮捕令,但是,逮捕申请书中并未记载先前警方已经开始的侦查活动。两个多月后,同案犯 B 也被捕,相关侦查信息才被移入案卷。A 在法庭审理中反对将毒品作为证据在程序中使用,提出警察是在没有取得司法搜查令的前提下,对其车辆进行搜查。

联邦最高法院认为,在此案中,车辆搜查作为警察干预措施的一种,具有独立的镇压和预防目标,它既是为了对潜在的刑事诉讼收集证据,也是为了避免迫在眉睫的危险(本案中是防止大量毒品在德国流通),是一种“真正的”双重功能措施,^[8]符合警察的双重职能。因此,这里的“搜查”或被看作是作为行政法规的危害防卫法的授权而采取的警察干预措施,或被看作是基于《德国刑事诉讼法》采取的侦查措施。德国联邦最高法院最终认为,如果为了预防或者镇压性的目的进行追诉,警方享有根据某一种法律规范的授

[5] Vgl. Eisenberg, *Beweisrecht der StPO*, 10. Aufl. 2017, Rn. 358.

[6] Vgl. Wehr, *Examens-Repetitorium Polizeirecht, Allgemeines Gefahrenabwehrrecht*, 4. Aufl. 2019, Rn. 250. 大部分危害防卫法是通过专门的法律为了保护特定的法益而规定(例如《水法》《土壤保护法》《自然保护法》《卫生法》),规范某些危险源的处理(例如《建筑法》《原子能法》《排放保护法》《垃圾处理法》)和/或以其他方式处理可予以限定的事项(例如《贸易法》)。这些法律都包含授权标准,规定了在特定领域进行干预和采取干预措施的前提条件。

[7] Vgl. BGH NJW 2017, 3173, 3175 ff.

[8] Vgl. BGH NJW 2017, 3173, 3175.

权而采取行动的“选择权”。^[9] 所以,从危害防卫的角度考虑,威斯巴登高速公路警察在截停 A 后,由于嗅毒犬探测出毒品的痕迹,为了查获车辆中的毒品,对车辆进行搜查是合理的,并且根据《黑森州关于公共安全和秩序法》(*Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung*)的授权,这里不需要事先的搜查令,所获证据可以直接使用。

2. 德国联邦最高法院的论证思路

第一,按照联邦最高法院的判决,警方有选择权,《德国刑事诉讼法》并不具有优先适用的效力。即便镇压性的刑事侦查行为已经启动,若警察基于“危害防卫”的预防目的,仍然可以实施行政搜查等行政干预措施,并且所获证据可以用于指控当事人的刑事犯罪。也即,只要根据《警察法》(*Polizeigesetz*)等实施的诸如行政搜查等行政干预措施符合相应的法律规定,即便没有遵循法官保留,所获证明材料依然可以在刑事诉讼程序中使用。其法律依据在于《德国刑事诉讼法》第 161 条第 3 款第 1 句提供了假定替代干预原则的论证思路。该句规定,当某项措施根据《德国刑事诉讼法》仅在针对特定的犯罪行为存在犯罪嫌疑的情况下准许实施时,对依照其他法律采取相应措施后获得的涉及个人的数据,仅当为查明依照《德国刑事诉讼法》亦可允许下令采取该措施的犯罪行为时,才能不经该措施当事人同意,在刑事诉讼程序中为证明目的使用。这里决定性的因素在于,假设侦查法官会签发相应的司法搜查令。

第二,按照德国证据禁止理论的规定,行政执法证据进入刑事诉讼程序,属于证据使用目的的改变,不符合目的约束原则。若从理论上得以证成,需借由假定替代干预原则进行解释。在该案中,警方对被告人“隐瞒”的已经启动侦查的刑事案件是一个“贩卖毒品”的共同犯罪案件,属于《德国刑事诉讼法》第 100a 条第 1 款规定的犯罪目录里的严重犯罪。因此,若要在刑事诉讼程序中使用根据危害防卫法、《警察法》等授权获取的行政证据,属于证据使用目的的改变,这种“目的改变”需要通过《德国刑事诉讼法》第 161 条第 3 款第 1 句的假定替代干预原则进行解释。即尽管在刑事诉讼程序之外获得了证据,但如果证据的实际使用情况在法律上等同于假设适用刑事诉讼法所确定的使用情况,则被告人不会因在刑事诉讼程序中使用这些证据而受到侵害。

当然,也有一些学者对此予以批判。密茨教授(Wolfgang Mitsch)和席曼教授(Anja Schieman)均暗指该案中法官保留原则未得到遵守,认为不能通过事后的“假定”来掩盖警方的真实目的,如此会规避《德国刑事诉讼法》中更高标准的取证要求;^[10] 策勒区罗默总检察官(Müller Römer)更是提出,不能以高效的刑事追诉需要为由,为警方秘密的、具有欺骗性的行为进行辩护;^[11] 耶格尔教授(Christian Jäger)认为,为确保侦查程序的保密性,可考虑将侦查程序的公开性原则相对化,即表面上允许警方根据预防性的危害防卫法或《警察法》行事,但是车辆搜查仍然需要取得搜查令,仅仅是例外地不对犯罪嫌疑

[9] Vgl. BGH NJW 2017, 3173, 3176.

[10] Vgl. Mitsch, Strafverfolgung durch legendierte Verkehrskontrollen, Präventivpolizeiliches Eingreifen zur Erlangung strafprozessual verwertbarer Erkenntnisse, NJW 2017, 3124, 3126; Schieman, Praxiskommentar zur BGH legendierte Kontrollen, NSiZ 2017, 651, 657.

[11] Vgl. Römer, Legendierte Kontrolle, Die gezielte Suche nach dem Zufallsfund, NSiZ 2012, 543, 547.

人披露。^[12] 通过这种方式,至少可以比通过警方行使“选择权”更好地考虑平衡联邦最高法院所强调的危害防卫和刑事追诉的平等权利。因为警方行使“选择权”在实践中总是以完全规避刑事诉讼法规定的干预条件而告终。

(二) 通过假定替代干预原则使用非刑事诉讼程序中收集的证据

假定替代干预原则解决的是,通过特定干预措施从非刑事诉讼程序中收集的个人数据如何在刑事诉讼程序中使用的問題。《德国刑事诉讼法》规定了大量的刑事干预措施,其中,某些刑事干预措施只能在对特定的刑事犯罪有具体的犯罪怀疑的时候,才能启动。如果只能在对特定的刑事犯罪有具体的犯罪怀疑的时候,才能采取刑事干预措施收集数据,那么对于“来自其他程序的数据”,只能是用于澄清根据《德国刑事诉讼法》也允许下令采取该刑事干预措施的犯罪行为才允许使用。假定替代干预原则旨在确保刑事追诉机关要对立法所确立的刑事干预界限予以“尊重”。^[13]

首先,假定替代干预原则仅适用于对特定的严重犯罪行为采取有关措施。根据主流观点,这里可采取的“有关措施”主要指秘密调查措施,比如《德国刑事诉讼法》第 100a 条电信监听、第 100f 条住宅外监听、第 100h 条第 1 款住宅外拍照等侦查措施等,^[14]“特定的严重犯罪行为”是指这些条款里犯罪目录中规定的严重犯罪行为。假定替代干预原则是对一个具体的过往的侦查状态的重建。在刑事诉讼程序中使用这些“在非刑事诉讼程序中”收集的数据的目的是“用于澄清对上述严重犯罪的怀疑”。

其次,假定替代干预原则要求根据其他法律,主要是危害防卫法、《警察法》或《情报法》(*Gesetz über die Nachrichtendienst*)^[15] 在前置程序中合法地收集数据。在刑事诉讼程序中继续使用这些数据的先决条件是在前置程序中,比如根据前置《警察法》的授权,程序上合法地获得这些数据。^[16] 这里并不需要满足《德国刑事诉讼法》规定的搜查令等要件。^[17] 比如“传奇控制”案,若警方根据危害防卫法搜查涉案当事人的汽车,搜查令并不是先决要件。因此,该案的行政搜查行为合法,而在搜查之下获得的证据可以在随后的刑事诉讼程序中使用,根据联邦最高法院的判决,这里不存在规避法官保留原则的情况。

再次,即便是违法的证据提取,这些证据也不是“绝对地”不能为了刑事追诉的目的而使用。根据证据禁止理论,若为违法的证据提取,即在前置程序中收集数据是违法的,则要根据有关判例,将其归属为相对的证据使用禁止,在个案中采用权衡理论作出判决。虽然权衡理论也遭学界批判,但是联邦最高法院仍然主张,在个案中需要对违反证据收集规范的情况以及刑事追诉的利益加以权衡。^[18] 联邦宪法法院对联邦最高法院主张的权

[12] Vgl. Jäger, *Legendierte Kontrolle-Die Suche nach scheinbaren Zufallsfunden*, JA 2018, 551, 553.

[13] Vgl. Beulke, *Strafprozessrecht*, 12. Aufl. 2012, Rn. 233 a.

[14] Vgl. Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt StPO, 63. Aufl. 2020, § 161 Rn. 18 b.

[15] Vgl. Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt StPO, 63. Aufl. 2020, § 161 Rn. 18 b; Zöller, in: HK-StPO, 7. Aufl. 2023, § 161 Rn. 32.

[16] Vgl. Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt StPO, 63. Aufl. 2020, § 161 Rn. 18 c.

[17] Vgl. Griesbaum, in: KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 161 Rn. 35 a.

[18] Vgl. Griesbaum, in: KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 161 Rn. 40 a.

衡理论以及推导出的标准予以认可。^[19] 从宪法的角度看,如果违反法律规范的影响导致被告人没有足够的机会参与程序进而影响诉讼结果,以至于不能确保事实发现的最低要求或者证据的使用会导致不合比例地干预公民个人权利,则要承认证据的使用禁止。此外,若违法的证据提出会导致被追诉人陷于不利地位,违法获得的证据亦不允许使用。若严重侵犯、有意违背或者客观上恣意地违反法律规定,忽视公民基本权利,则要主张证据使用的禁止。更精确来讲,我们要去权衡,在前置程序中证据收集的违法性是否也禁止目的改变后的使用,并因此不能在后置的刑事诉讼程序中使用。

最后,在前置程序中合法收集的数据以及偶然发现(Zufallsfunde)的数据若不是用于澄清根据《德国刑事诉讼法》也允许下令采取刑事干预措施的犯罪行为,则不受《德国刑事诉讼法》第161条第3款第1句的限制。但是,这些在非刑事诉讼程序中收集的数据可以作为侦查方法或追踪方式,用于调查被追诉人的居住地使用;^[20] 并且基本上要以“合法”取得相关数据作为先决条件。另外,联邦宪法法院业已通过多次判决确认,这些前置性数据可以用于证明存在初始怀疑以启动新一轮的侦查或者用于进一步获取新的证据。^[21]

还需注意的是,若为行政干预措施的相关当事人同意,即便不属于犯罪目录中规定的犯罪行为,也可以在刑事诉讼程序中继续使用。^[22] 因此,对于个人数据的使用而言,当事人同意具有绝对优先性。

(三) 在线搜查和住宅监控作为例外

一般来说,刑事干预措施对涉案当事人基本权利的干预程度越强,则证明其涉嫌的刑事犯罪越严重。相较于其他刑事干预措施,在线搜查和住宅监控对公民基本权利的侵犯程度更甚。

一方面,《德国刑事诉讼法》第161条第3款第2句规定,假定替代干预原则不适用于第100e条第6款第3项。因此,若根据《警察法》采取有关在线搜查或住宅监控措施获得的个人数据属于广泛的证据使用禁止。这些个人数据只有为了查明《德国刑事诉讼法》第100b条在线搜查或第100c条住宅监控下犯罪目录规定的严重犯罪行为或者为了调查涉案被追诉人的居住地时,才能不经被在线搜查以及被住宅监控的当事人同意,在其他刑事诉讼程序中为其他目的使用。

另一方面,由于在线搜查和住宅监控对公民基本权利的干预程度较强,《德国刑事诉讼法》第161条第4款对进一步使用住宅监控以及在线搜查下的个人数据作了限定。根据《德国刑事诉讼法》第161条第4款,在依据《警察法》采取的非公开调查过程中,为保护秘密侦查员而采用技术手段在住宅内或从住宅处获得的涉及个人的数据,在顾及比例原则的情况下,仅当警方所在地地方法院确认警察措施的合法性时,才能为证明目的使

[19] Vgl. Griesbaum, in: KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 161 Rn. 40 b; BVerfG NJW 2012, 907, 915 ff.

[20] Vgl. Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt StPO, 63. Aufl. 2020, § 161 Rn. 18 d; Ziegler, in: SSW-StPO, 5. Aufl. 2023, § 161 Rn. 27.

[21] Vgl. BVerfG NJW 2005, 2766, 2768; BVerfG NJW 2009, 1405, 1407.

[22] Vgl. Griesbaum, in: KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 161 Rn. 37, 40 d.

用;如果迟延就有危险,应当不迟延地补行取得法官批准。该条也体现了德国立法假定替代干预原则的论证思路,它强调采取秘密住宅监控的目的并不是为了单纯地获取证据,而是为了保护秘密侦查员自身,因此要限制使用在秘密住宅监控中获得的个人数据为特定侦查目的而使用,包括用作追踪线索。^[23]一旦根据比例原则需要使用这些个人数据,需要遵循法官保留原则,由地方法官发布司法令状以确认警察实施在线搜索或住宅监控措施的合法性。

(四)通过假定替代干预原则在其他诉讼程序中使用同一数据

在其他诉讼程序中使用同一数据包括两种情况:其一,将同一数据用于“非同一”刑事诉讼程序之中;其二,将同一数据用于“非刑事”诉讼程序之中。

首先,通过假定替代干预原则,德国立法赋予同一数据在非同一刑事诉讼程序中使用的可能。《德国刑事诉讼法》第 479 条第 2 款第 1 句规定,在刑事诉讼程序中,只能针对“特定罪行”有犯罪怀疑而采取刑事干预措施所收集的数据,在未获得该干预措施当事人同意时,只能在“此类”其他刑事诉讼程序中作为证据使用,即该刑事诉讼程序意在查明的犯罪行为依据德国刑事诉讼法亦允许使用该干预措施。这表明,通过假定替代干预原则,在前一个刑事诉讼程序中收集的数据,也有可能被用于后一个刑事诉讼程序,只要后者意在查明的犯罪行为也属于德国刑事诉讼法允许使用该干预措施的罪行。从反向推理,若后者所欲查明的犯罪行为,按照德国刑事诉讼法不允许采取该干预措施,则收集的数据属于证据使用的禁止。在柏林上诉法院 2008 年判决的一个案件中,犯罪嫌疑人因涉嫌毒品犯罪而被刑事追诉机关下令采取长期观察措施。在长期观察期间,警方发现犯罪嫌疑人曾犯下 22 起无证驾驶的轻罪,柏林上诉法院随后判决,禁止将这一“偶然发现”用于追诉犯罪嫌疑人的其他罪行(无证驾驶)。^[24]同样,杜塞尔多夫州高等法院于 2022 年亦做出证据禁止使用的类似判决。^[25]在该案中,被告被指控于 2021 年 1 月 27 日上午 10 时 57 分左右在未持有所需驾驶执照的情况下在杜伊斯堡的街上驾驶轿车。被告也知道其无证驾驶是违法行为,因为他曾驾车前往杜伊斯堡-汉博恩地方法院参加庭审,在庭审中他因故意无证驾驶被判处六个月有期徒刑,缓期执行。杜伊斯堡-汉博恩地方法院最终宣布被告无罪,因为与该罪行有关的调查结果是在另一起案件的长期观察中获得的,因此禁止在无证驾驶案中使用该证据;杜塞尔多夫州高等法院判决驳回了检方的上诉。^[26]究其原因,两起案件中的“无证驾驶”仅最高可判处一年有期徒刑,不属于长期观察类刑事干预措施可适用的罪行范围。长期观察类刑事干预措施,作为一种干预强度相当大的秘密调查措施,需要在限制公民基本权利的正当性层面进行强有力的平衡,因此,该措施只有在相当重要的刑事犯罪中,被认定为具有充分理由的情况下,才允许采取。^[27]在涉

[23] Vgl. Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt StPO, 63. Aufl. 2020, § 161 Rn. 19; Ziegler, in: SSW-StPO, 5. Aufl. 2023, § 161 Rn. 31.

[24] Vgl. KG Berlin Beschluss vom 20. 12. 2018 - 3 Ws 309/18; KG Beweisverwertungsverbot für Erkenntnisse aus einer Observation NSZ 2019, 429, 432.

[25] Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 24. 05. 2022 - III-2 RVs 15/22.

[26] Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 24. 05. 2022 - III-2 RVs 15/22.

[27] Vgl. KG Berlin Beschluss vom 20. 12. 2018 - 3 Ws 309/18.

嫌毒品犯罪的长期观察期间获取的“偶然发现”不可用于指控犯罪嫌疑人的“无证驾驶”，亦不可采取假定替代干预原则予以论证。

其次，对《德国刑事诉讼法》第 479 条第 2 款第 1 句“特定罪行”的解释，我们从第 479 条的立法演变中可以发现，假定替代干预原则有扩大适用的趋势。这里的“特定罪行”不仅包括具体法律规范中所确立的犯罪目录中的严重罪行，还包括诸如《德国刑事诉讼法》第 163e-163g 条所描述的相当重要的罪行（Straftaten von erheblicher Bedeutung）。^[28] 对“相当重要的罪行”，警方在管控时可发布观察令、长期观察令或对车牌采取自动识别措施。“无证驾驶”显然不属于允许采取此类措施的“相当重要的罪行”。

最后，在满足严格适用条件之下，来自刑事诉讼程序中的数据亦可以在非刑事诉讼程序中合法使用。哈姆州高等法院曾于 2013 年作出判决，即使根据《德国刑事诉讼法》第 100a 条“错误”下令采取电信监控措施，若电信监控的批准令可以合法地以《北莱茵—威斯特法伦州警察法》（*Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen, PolG*）第 17 条第 1 款第 2 项的预防性警察干预为依据，也不禁止使用由此获得的调查结果作为证据。^[29] 这里假定替代干预原则的思路最终呈现在 2021 年新修订的《德国刑事诉讼法》第 479 条第 2 款第 2 句中。此条文规定，在刑事诉讼程序中，只能对特定犯罪行为采取刑事干预措施而收集的数据允许不经该干预措施的当事人同意，在其他“非刑事”诉讼程序中使用。但需要满足四个限定条件之一：第一，以危害防卫为目的，只要根据管辖机关所适用的法律，亦可通过相应措施为此目的收集这些数据；第二，为避免危及个人的生命、肢体或自由，联邦或州的安全或存在，或重要资产，如果个案中的数据揭示出避免此类危险的具体方法；第三，根据《联邦宪法保护法》（*Bundesverfassungsschutzgesetz*）第 18 条准许的传输目的传递个人数据；第四，根据《德国刑事诉讼法》第 476 条“为了研究目的而传递个人数据”。^[30] 这意味着，警方在刑事诉讼程序中为追诉犯罪而收集的数据，一旦用于“危害防卫”的预防性的警察目的，^[31] 需要满足特定条件，不能恣意使用。

综上所述，德国立法主张，如果个人数据的收集方式具有干预公民基本权利的特性，则目的改变后的数据处理（使用）意味着对个人信息自决权的更大侵犯。^[32] 因此，同一数据在德国的“行刑衔接”以及“行刑反向衔接”过程中能否使用以及如何使用借由假定替代干预原则的思路得以证成。德国立法关注数据收集的目的，并强调遵循数据收集的程序。一旦数据的使用跨越诉讼程序，且能证明数据的使用目的异于数据的收集目的（如“危害防卫”转化为“追诉犯罪”、“追诉犯罪”转化为“危害防卫”或者“刑事追诉预防”），数据能否在后续程序中使用就需要进一步的论证。

[28] Vgl. Schmidt/Niedernhuber, in: HK-StPO, 7. Aufl. 2023, § 479 Rn. 6.

[29] Vgl. OLG Hamm (3. Strafsenat), Beschluss vom 15. 01. 2013 - 3 Ws 5/13.

[30] Vgl. Ritscher/Klinge, in: SSW-StPO, 5. Aufl. 2023, § 479 Rn. 4; OVG Lüneberg, Entsch. v. 20. 11. 2014 - 11 LC 232/13.

[31] Vgl. Schmidt/Niedernhuber, in: HK-StPO, 7. Aufl. 2023, § 479 Rn. 11; BT-Drucks. 19/4671, S. 45.

[32] Vgl. Singelstein, Strafprozessuale Verwendungsregelungen zwischen Zweckbindungsgrundsatz und Verwertungsverboten, Voraussetzungen der Verwertung von Zufallsfunden und sonstiger zweckenfremdender Nutzung personenbezogener Daten, ZStW 120 (2008), 854, 856.

三 同一数据在诉讼程序转化后的使用

德国立法提出的假定替代干预原则是一个“使证据免于被禁止使用”的法律概念。^[33] 虽然这个概念在我国的刑事诉讼制度中尚未被提及,但是可以借此思路论证同一个人数据在诉讼程序转化后使用的合法性。

(一)对“同一数据”的解释

我们在跨诉讼程序的背景中讨论同一数据的后续使用,是否将其限定在个人数据的范围之内?个人数据的覆盖面有多大?个人数据的外延是否囊括刑事数据?个人数据,在我国法律文件中,和“个人信息”内涵相同。根据 2017 年 6 月施行的《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第 1 条,公民个人信息是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的各种信息,包括姓名、身份证件号码、通信通讯联系方式、住址、账号密码、财产状况、行踪轨迹等。2020 年颁布的《民法典》第 1032 条第 2 款延续上述规定,并增加生物识别信息、健康信息等内容。结合 2021 年 11 月施行的《个人信息保护法》第 4 条第 1 款,个人信息是以电子或其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息,不包括匿名化处理后的信息。因此,我国法律语境下的“个人信息”不仅包括已经识别的信息,还包括可识别的信息,确立了“识别+关联”的判断路径。在现实世界,越来越多的具有“可识别性”的信息都被纳入个人数据的范畴,如 MAC 地址、IP 地址、设备 ID 信息, Cookie 信息等。^[34] 在笔者看来,在前置行政程序中收集到的物证、书证、视听资料、电子数据等证明材料都内涵个人数据的属性。因为这些证明材料具有直接或间接识别出“特定个人”数据的可能性。因此,笔者考虑,只要在刑事数据中包含了具有“可识别性”的个人信息,那么这些信息在特定情况下应被视为个人数据。在这种情况下,收集和处理这些信息需要遵守相关的数据保护法律和隐私法规。

(二)非刑事诉讼程序中收集的行政执法数据的转化

个人信息自决权的提出导致在刑事诉讼程序中处理个人数据有其特殊要求。首先,收集数据的目的由允许数据收集的授权规范决定。^[35] 根据《刑事诉讼法》第 112 条,刑事追诉机关根据授权,启动侦查后对数据进行收集、调取以及后续使用,但是这种授权是否也允许将这些数据用于其他刑事诉讼程序或用于非刑事诉讼程序并未明确。其次,若考虑目的约束原则,侦查行为启动之前,包括警察机构在内的行政执法机关在执法过程中,收集到的数据若用于后续刑事追诉的目的,属于“目的改变”下数据的使用。我国实务中对从不同诉讼程序中收集的证据材料,诸如行政证据,其中言辞证据需要重新调取,但是

[33] Vgl. Mitsch, Strafverfolgung durch legendierte Verkehrskontrollen, Präventivpolizeiliches Eingreifen zur Erlangung strafprozessual verwertbarer Erkenntnisse, NJW 2017, 3124, 3126.

[34] 参见刘品新著:《网络法:原理、案例与规则》(第 3 版),中国人民大学出版社 2021 年版,第 243 页。

[35] Vgl. Ernst, Verarbeitung und Zweckbindung von Informationen im Strafprozess, 1993, S. 74 f.

由于从“非刑事诉讼程序中”收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证明材料往往不能在后续刑事诉讼程序中重新调取,因此,实务中更多地根据《刑事诉讼法》第54条第2款,赋予此类证据在刑事诉讼程序中使用的证据资格,甚至用作定案根据。这彰显出我国对同一数据在行刑程序转化后的使用,未曾考虑数据收集的目的以及目的约束原则的限制,忽略了对公民个人信息自决权的保护。

诚如宪法学者所言,《个人信息保护法》第6条将目的约束原则嵌套在必要性原则中。^[36]因此,中国也有适用目的约束原则的法律土壤。在刑事诉讼领域,有关公民个人数据的收集和调取,有学者主张应按照技术侦查措施处理。^[37]亦有学者提出,刑事执法、司法机关应遵循《个人信息保护法》第28条确立的规则,即只有满足“特定的目的和充分的必要性,并采取严格保护措施”的情形,个人信息处理者方可处理敏感个人信息。^[38]这里“特定的目的”即源于《个人信息保护法》第6条目的约束原则的要求。与德国刑事司法分级制裁体系类似,我国执行的是违法与犯罪的二元制裁体系。虽然在相当多的场合,我国同类型行为依据程度轻重区分为一般违法与犯罪,这导致二者部分待证事实基本相同,但是如果考虑跨诉讼程序下个人数据的使用,中国与德国面临的问题是相同的。对于公民个人数据的收集和处理(使用),是否应适用更为严格的证据使用规则或者应当有更精当的司法论证?相较于德国借由假定替代干预原则的论证,使行政执法过程中获取的个人数据进入刑事诉讼程序中使用的思路,我国刑事诉讼法直接从立法层面认可其在刑事诉讼程序中作为法定的证明方法。立法层面的规定未曾考虑跨诉讼程序下对个人数据的处理(使用)应当遵循的目的约束原则,忽略了对公民个人信息自决权的保护。若考虑到目的约束原则,笔者认为可以通过如下两个步骤对行政执法过程中获取的个人数据在刑事诉讼程序中的使用进行审查。

1. 区分是否存在行政执法程序的滥用

该问题若从证据禁止理论出发,涉及将从非刑事诉讼程序中收集的证明材料“恶意”用于刑事追诉活动。有学者曾对非管辖侦查单位取证合法性问题提出以“善意”与“恶意”区分管辖错位:“善意管辖”,即侦查合法,取证有效;“恶意管辖”,即侦查不合法,取证无效。^[39]笔者赞同这一主张。行刑衔接后证据能否使用,首先要确定行政执法行为是否善意;其次,因为可能存在隐匿侦查、行政犯转化的问题,我们不需要考虑刑事立案与否。^[40]我们考察的重点应当在于,涉案人员是否已经被行政执法机关或警方当作实质意义上的犯罪嫌疑人乃至被告人,并且对其采取的措施至少是侦查行为的间接结果。^[41]

若为恶意的行政执法,即如若行政执法机关或警方存在“借行政干预之名、行刑事干预之实”的行为,由于这里存在行政执法机关或警方恶意违法取证而规避刑事诉讼程序

[36] 参见赵宏:《告知同意在政府履职行为中的适用与限制》,《环球法律评论》2022年第2期,第49页。

[37] 参见郑曦:《侦查机关调取公民个人数据的规制》,《上海政法学院学报(法治论丛)》2023年第3期,第54-56页。

[38] 参见程雷:《刑事诉讼中适用〈个人信息保护法〉相关问题研究》,《现代法学》2023年第1期,第97页。

[39] 参见龙宗智著:《证据法的理念、制度与方法》,法律出版社2008年版,第93页。

[40] 参见李倩:《刑事侦查行为的启动及适用冲突的解决:以警察干预为视角》,《当代法学》2023年第4期,第149页。

[41] Vgl. Mosbacher, Aktuelles Strafprozessrecht, JuS 2018, 129, 130.

的情形,所获证明材料根据《刑事诉讼法》第 54 条第 2 款不能认定为“法定的证明方法”,不具有证据能力,亦不能进入到随后的刑事诉讼程序中作为定案根据。因此,对于《刑事诉讼法》第 54 条第 2 款所涉及的行政法和查办案件,我们要将其限定为是“无恶意”的行政法或查办案件,而没有“借行政干预之名、行刑事干预之实”的恣意企图,关键点即为考察“刑事侦查行为是否已经启动”。

2. 区分行政证据是否在刑事诉讼程序中具有证据能力

若为“无恶意”的行政法,从警方的角度看,参考德国“传奇控制”案件的判决,考虑警方具有双重职能,允许公安机关以“危害防卫”的预防性目的根据《人民警察法》《治安管理处罚法》等法律和其它行政法规采取调查和行政调查措施,^[42]所获证明材料作为“法定的证明方法”可以根据《刑事诉讼法》第 54 条第 2 款进入刑事诉讼程序,刑事追诉机关不需要再次取证。^[43]

但是此类行政证据能否根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第 75 条第 1 款具备证据能力还需要进一步论证。一方面,作为行政执法机关的警察,其对执法证据的收集不同于刑事追诉机关乃至监察机关的取证。因此,我们仍然要在刑事诉讼程序中审查此类证据能否通过严格证明法则的第二层级“法定的调查程序”^[44]的检验。另一方面,作为能够在刑事诉讼程序中用作定案根据的证据材料,需要满足刑事诉讼程序严格的取证要求。在兼顾目的约束原则的基础上,法院不仅要去审查其收集程序是否符合有关前置的法律、行政法规的规定,还应要求法院去审查此类执法证据的取证目的能否与打击犯罪的刑事追诉目的相称。可以区分为两种情况:第一,若为限定数据处理(使用)目的的行政执法行为,在此行为下收集的行政证据,在行刑衔接后不具有证据能力。这亦与欧洲议会和理事会于 2016 年 4 月 27 日发布的《关于主管机关为预防、调查、侦查或起诉刑事犯罪或执行刑事处罚而处理个人数据时保护自然人以及关于此类数据的自由流动的指令,并废止理事会第 2008/977/JHA 号框架决定的 2016/680 号指令》^[45](下称“《欧盟 2016/680 号指令》”)第 4 条第 1 款 b 项规定相符,即在刑事司法领域处理(使用)数据时,必须为特定的、明确的和合法的目的而收集,且不以与这些目的不

[42] 根据 2012 年《治安管理处罚法》的相关条款,警方可采取的调查措施包括:传唤、强制传唤、询问查证、对与违反治安管理行为有关的场所、物品、人身进行检查、对与案件有关的需要作为证据的物品扣押、指派或聘请鉴定人等。处罚的种类包括警告、罚款、行政拘留、吊销公安机关发放的许可证、限期出境或驱逐出境、收缴、保护性约束措施。最新发布的《治安管理处罚法(修订草案)》(二次审议稿)第 101 条增加规定:确为办理案件所必须的,可以对违反治安管理行为人和被侵权人提取肖像、指纹信息,采集血液、尿液等生物样本。第 106 条增加规定辨认,全文参见 <https://fzfyjy.cupl.edu.cn/info/1077/16454.htm>,最近访问时间[2024-07-17]。根据《人民警察法》,警察可采取的行政干预措施包括:强行带离现场、行政拘留、盘问、保护性约束措施、交通管制、现场管制、强行驱散、行政处罚或其他强制措施。

[43] 参见李少平主编:《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释理解与适用》,人民法院出版社 2021 年版,第 200 页;公安机关具有行政执法和刑事司法的双重职能,这决定了公安机关的取证活动既有可能是刑事侦查,又有可能是行政执法,应当受《刑事诉讼法》第 54 条第 2 款的规范。

[44] 参见林钰雄著:《干预处分与刑事证据》,北京大学出版社 2010 年版,第 236 页。

[45] Directive EU 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA.

相符的方式处理(使用)。我国《网络安全法》第30条将网信部门等在履行网络安全保护职责中获取的信息的使用严格限于“维护网络安全的需要,不得用于其他用途”,此规定明确排除将数据用于与网络安全无关的刑事追诉活动之中。^[46]第二,若为未限定数据处理(使用)目的的行政执法行为,可以考虑借鉴德国假定替代干预原则的思路去论证。即案件的当时情况下,警方若按照刑事诉讼法的授权采取干预措施取证是否允许。进一步说,若在刑事诉讼程序中使用此行政执法证据,不会让被追诉人陷于比在刑事诉讼程序收集该证据更为不利的局面,则为允许使用。最后,法官还需要根据《刑事诉讼法》第56条的有关非法证据排除的规定去审查此类行政证据,否则无法遏制行政机关恶意的违法取证行为,刑事诉讼程序将被空置。

(三)在刑事诉讼程序中使用“目的改变”后的证据

在刑事诉讼程序中使用“目的改变”后的证据,可能出现如下两种情况:

第一,根据《刑事诉讼法》第154条第1句,在采取技术侦查措施的情况下,收集的材料可以在刑事诉讼中作为证据使用。即只要符合《刑事诉讼法》侦查章下第八节的实体性和程序性要件,采取技术侦查措施收集的材料就应当具有证据能力。因此,在我国,似乎只要刑事追诉机关事先取得采取技术侦查措施的批准令,后续无论是隐匿侦查抑或警方根据《治安管理处罚法》《人民警察法》等其他法律规范采取行政干预措施,收集到的数据都可以在随后的刑事诉讼程序中使用。从非法证据排除的角度来看,根据《刑事诉讼法》第153条第2句以及第152条第3款,采取技术侦查措施获取的材料,只能用于对犯罪的侦查、起诉和审判,不得用于其他用途;以及在采取技术侦查措施的过程中,不能诱使他人犯罪、不得采用可能危害公共安全或者发生重大人身危险的方法。据此,按照主流意见,为了防止刑事侦查权取代公安行政权、假借刑事手段处理行政违法行为的状况出现,采取技术侦查措施收集的材料,在刑行衔接后不得转化用作行政证据。^[47]这里产生的疑问在于,《刑事诉讼法》第152条第3款中的“其他用途”如何解释?采取技术侦查措施获取的材料,是否只能用于被允许采取技术侦查措施的“特定犯罪案件”的侦查、起诉和审判?与此类似,《反恐怖主义法》第45条将公安机关、国家安全机关、军事机关在其职责范围内,因反恐怖主义情报信息工作的需要采取技术侦察措施下获取的材料严格限于“反恐怖主义应对处置和对恐怖活动犯罪、极端主义犯罪的侦查、起诉和审判”,亦不得用于其他用途。若参考《德国刑事诉讼法》第479条第2款,在未获得当事人同意时,这类数据不能用于指控非特定犯罪行为。

我们还可以设想这样一种场景:在刑事追诉机关仅能针对特定犯罪行为采取侦查措施的情况下,可能会收集到一些谓之“偶然发现”的证明材料,这些“偶然发现”与其待查的特定犯罪行为没有关联、但关联到涉案当事人的其他犯罪行为。德国司法实践主张,这些“偶然发现”仅可用作调查和追踪线索使用,不能在随后的刑事诉讼程序中直接用于指控犯罪嫌疑人的其他罪行。相较于德国相关法律规定,我国刑事诉讼法对此并没有明确

[46] 参见裴炜:《个人信息保护法与刑事司法的分离与融合》,《中国政法大学学报》2020年第5期,第154页。

[47] 参见赵豪:《“刑事—行政”案件证据审查论》,《证据科学》2023年第4期,第445页。

规定。实务中,我国刑事追诉机关基于侦查犯罪的需要,基本会将这些“偶然发现”用于指控犯罪嫌疑人的其他罪行。若程序法治的观点得以向前推进,笔者考虑,可以利用假定替代干预原则的思路去思考这一问题。其一,犯罪嫌疑人的同意是第一要件。若犯罪嫌疑人同意使用,无需考虑“偶然发现”不能在其他刑事诉讼程序中用作对其不利证据的问题。其二,若未获得犯罪嫌疑人同意,此处在其他刑事诉讼程序中将被追诉的其他罪行,也必须是根据我国《刑事诉讼法》允许采取技术侦查措施的特定犯罪行为。若不符合该条件,“偶然发现”不能在其他刑事诉讼程序中用作指控犯罪嫌疑人的不利证据。与此同时,为了实体真实发现的需要,我们可以参考德国法的主流做法,这类“偶然发现”可以用作侦查方法或追踪方式、调查被追诉人的居住地而使用。^[48]同时,可以用于证实存在“初始怀疑”以启动新一轮的侦查或用于进一步获取新的证据。^[49]其三,若贯彻目的约束原则,可参照《德国刑事诉讼法》第 479 条第 2 款第 2 句,这些刑事数据亦不能在刑行反向衔接后用作对治安违法行为的处理依据,除非根据《治安管理处罚法》等行政法亦允许行政执法机关采取相关措施收集这些数据或为了防范对重要法益造成危险,在满足比例原则的基础上允许处理(使用)。

第二,“目的改变”还会出现在本文第一部分假设的 AB 刑事案件场景之中。此时,我们收集甲作为受害人数据的目的是侦查 A 刑事案件,但是在 B 刑事案件中,若我们使用前期收集的甲作为受害人的数据予以识别,也是“目的改变”。欧洲法院于 2022 年 12 月作出的判决中提出分两个步骤进行审查:第一步,审查该刑事追诉机关是否拥有根据有关法律规范,为“其他目的”处理此类个人数据的权限;第二步,审查数据的使用是否必要并且与收集数据的目的相称。^[50]欧洲法院的判决,考虑到《欧盟 2016/680 号指令》第 1 条第 1 款以及第 4 条第 1 款 b 和 c,即个人数据必须为特定的、明确的和合法的目的而收集,且不以与收集目的不相称的方式处理(使用),须与处理(使用)的目的相关、重大且不过分。2018 年生效的《通用数据保护条例》第 5 条第 1 款 b 和 c 也以基本相同的措辞规定了这两项要求,明确它们与目的限制和数据最小化原则的对应关系。^[51]这里特别需要提及,《通用数据保护条例》第 2 条规定,为“预防、调查、侦查或追诉刑事犯罪”而收集的个人信息可以由主管机关为“追诉或执行刑事处罚”的目的而进一步处理(使用)。因此,如果刑事犯罪已经被确定,就有必要采取刑事追诉措施。这里,在刑事司法领域为“调查或侦查刑事犯罪”而收集个人信息时,主管当局必须收集所有可能满足 A 案件中犯罪构成要件的数据,而以“刑事追诉”为目的的个人数据的后续处理,则是利用这些数据充分证明被追诉者在 B 案件中被指控的罪行。因此,根据《欧盟 2016/680 指令》第 4 条第 2 款,无论甲是不是其他刑事案件中的受害人,在 A 案件中收集的个人信息,只要此个人信息在 B 案件中对于识别被追诉人的身份或确定其共同参与 B 案件是必要的,这种后续处理

[48] Vgl. BT-Drucks 16/5846, S. 64; Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt StPO, 63. Aufl. 2020, § 161 Rn. 18d; Ziegler, in: SSW-StPO, 5. Aufl. 2023, § 161 Rn. 27.

[49] Vgl. BVerfG NJW 2005, 2766, 2768; BVerfG NJW 2009, 1405, 1407.

[50] Vgl. EuGH: Zweckänderung von im Strafverfahren erhobenen Daten, ZD 2023, 147, 148.

[51] Vgl. EuGH: Zweckänderung von im Strafverfahren erhobenen Daten, ZD 2023, 147, 149.

(使用)就是允许的,这并不侵犯甲的信息自决权。

综上,我们坚定地确信,《刑事诉讼法》第54条第2款应当解释为授权性规范,即授权刑事追诉机关“可以”使用从非刑事诉讼程序中收集的数据。进一步说,该款赋予从非刑事诉讼程序中收集的证明材料以“法定的证据资格”,使其成为法定的证明方法;之后主审法院需要去审查这些证明材料是否具备在后续刑事诉讼程序中使用的“证据能力”。只有在审查后确定,这些证明材料有必要使用且与最初的收集目的相称,满足比例原则,才能够在刑事诉讼程序中作为定案根据。

(四)假定替代干预的证明责任和证明标准

在主张利用假定替代干预原则去论证从非刑事诉讼程序中收集的证据是否在刑事诉讼程序中具有可用性时,证明责任应归责于刑事追诉机关。在个案中,一般来说,被告人会在刑事诉讼程序中主张,由于存在程序上的错误,因此禁止使用从非刑事诉讼程序中收集的证据。此时,若刑事追诉机关通过假定替代干预原则主张在刑事诉讼程序中使用该证据,刑事追诉机关必须承担证明“假设”可能存在的证明责任,即证明“假定的调查流程”和证据取得有因果关系。

对于证明标准而言,作为一个公正性的结论,刑事追诉机关至少要证明在刑事诉讼程序中使用这个证据比不使用这个证据更加公正。因此,在存疑有利于被告原则之下,证明标准要达到“高度可能”的程度,不能仅仅是可能或比相反的可能性更大。^[52]若无法证明通过正当的诉讼程序可以“高度可能地”取得相同的证据,则应考虑《刑事诉讼法》第236条中有关二审的规定,认定证据的取得是以程序错误为前提,因此事实不清。至此,这个证据未满足证据能力的要件。该证据的提出仍然属于程序违法,适用证据使用的禁止。

此外,为了协调警方的预防性和镇压性行动,确保证明责任的“可证明”,需要告知义务和文件义务予以支持。具体来说,一方面,刑事侦查机关要确保侦查案卷的完整性和真实性,这尤其包括应将“侦查措施或者预防性措施的所有背景”记录在案卷之中。另一方面,刑事追诉机关在被追诉人被逮捕后,要立即履行告知义务,以确保被追诉人全面了解其被指控的罪行和相关的诉讼背景,这对于被追诉人有足够的防御机会参与刑事侦查程序是必不可少的。^[53]在上文“传奇控制”案件中,若警方没有完全地告知被追诉人其被指控的罪行,将被控犯有渎职犯罪。另外,根据我国《刑事诉讼法》第40条辩护人阅卷的规定,辩护人至少自案件审查起诉之日起,有权通过刑事案卷了解被追诉人被指控的罪行和相关的诉讼背景。因此,从案卷中必须清楚地看到哪些具体的侦查措施已经实施,以及这些措施取得了怎样的成效,刑事案卷的完整性和真实性至关重要。

四 结 语

个人信息自决权虽然在我国宪法领域被主流意见接受,目的约束原则也多见于宪法

[52] Vgl. Rogall, Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozeß - Ein Beitrag zur Lehre der Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote, NSZ 1988, 385, 392.

[53] Vgl. Dominik Brodowski, Anmerkung zur BGH, Urt. v. 26. 4. 2017-2 StR 247/16, JZ 2017, 1124, 1128.

学者的讨论之中。但是,刑事诉讼领域对个人信息自决权的意识较为欠缺、模糊,刑事诉讼法与证据法也并未以此作为法理基础。我国现在正值第四次刑事诉讼法修改之际,有关个人信息自决权的保障,相比在刑事诉讼领域已有专门规定的德国,规范供给和充分的教义学解释明显不足。在数据充斥我们日常生活的当下,行政执法、刑事司法领域也应在《宪法》背景下关注个人信息自决权,并在《数据安全法》《个人信息保护法》背景下考虑目的约束原则对数据处理(使用)的限制,确保在后续诉讼程序中数据的使用目的与数据最初的收集目的相称。

对本文所讨论的假定替代干预原则而言,在刑事诉讼程序中使用依据《人民警察法》《治安管理处罚法》等法律以及有关行政法规的授权而获取的信息,虽然属于一个假定的数据的再次提取,但是仍然需要在形式乃至实质意义上作出限定。我们必须强调“假设的形成”并不是要消除刑事诉讼中会导致证据禁止使用的程序性错误,让不能在刑事诉讼程序中使用的证据获得证据能力。我们更多的考量在于:如果司法机关认为特别重要的法益受到侵犯,那么只能考虑将“重建当时的过程”作为一种补偿手段,通过假定替代干预原则将原本不能在刑事诉讼程序中使用的证明材料加以证成。在决定证明材料是否可以使用时,原则上应考虑假定的调查过程,因为这可以更精确地确定被告人的保护利益(证据使用禁止),以及能更精确地评估被侵犯的法益是否值得保护和需要保护(证据能够使用)。此外,“假设的形成”应是根据案件的情况,具体地形成一个“假定的干净路径”,即“即将发生的,但事实上没有实现的证据来源”的假设。^[54]

另外,对假定替代干预原则的考虑应有其限度,一方面应确保预防性法律保护的规定绝对适用,另一方面要极力避免刑事诉讼目的被恣意架空。对此,联邦德国最高法院作出多个判决,一再强调如果缺少下令采取电信监控措施的基本犯罪事实作为前提,则从电信监控措施中获得的认识不得用作证据。^[55]于中国而言,事后假定公安机关负责人对技术侦查措施会发布批准令,承认这样的假设性考虑会使预防性法律保护的规定失去立法意义。这里的批准令属于对采取技术侦查措施先决条件的实质审查,不能被假定的条件取代。因此,这里没有审查假定替代干预原则的空间。而基于公正审判原则的要求,假定替代干预原则也不应适用于司法机关故意操纵程序、滥用程序性权利的案件。

最后,对于根据我国《治安管理处罚法》等对公民人身和物品采取的检查、扣押、住宅检查、提取肖像、指纹信息、采集生物样本等调查措施,在条件成熟的时候,也应考虑预防性的法官保留,^[56]即如果没有迫在眉睫的危险,司法审查是采取此类行政干预措施的先决要件。警方刑事干预和行政干预措施的法律基础亦得以整合。

[本文为作者主持的 2019 年度国家社会科学基金一般项目“现代法治视野下侦查行为的起点问题和法律边界研究”(19BFX079)的研究成果。]

[54] Vgl. Rogall, Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozeß - Ein Beitrag zur Lehre der Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote, NStZ 1988, 385, 392.

[55] Vgl. BGHSt 31, 304, 308 f.; 48, 240, 248.

[56] Vgl. Brodowski, Anmerkung zur BGH, Urt. v. 26. 4. 2017-2 StR 247/16, JZ 2017, 1124, 1128.

Use Restrictions and Certification of the Same Data after Transformation of Proceedings

[**Abstract**] To control the unlimited use of citizens' personal data by public power, the principle of purpose constraint advocates that the processing (use) of citizens' personal data by public power organs should not deviate from the initial purpose setting. There is also room for the application of the principle of purpose constraint in the fields of administrative law enforcement and criminal justice. Given the dual functional attributes of police agencies, the police collect data for different purposes in the administrative law enforcement and criminal justice fields, namely for defense against harm in the former field and for prosecution of crimes in the latter field. Therefore, the limitations of the principle of purpose constraint should be taken into account in the processing (use) of personal data in the conversion of administrative proceedings into criminal proceedings and of criminal proceedings into administrative proceedings. In particular, the use in criminal proceedings of personal data collected in "non-criminal proceedings" is subject to the original purpose for which the data are collected, while the use in administrative law enforcement proceedings of personal data originally collected in criminal proceedings is also subject to specific conditions. On the premise that the German Constitution explicitly guarantees the right to personal data self-determination as a fundamental right, the German Code of Criminal Procedure also pays attention to the purposes for which personal data are collected and used, and emphasizes compliance with the procedures for the collection of personal data. Once the use of data crosses the procedural threshold and it can be proved that the purpose of the use of the data is different from the purpose for which the data was collected (from "defense against harm" into "prosecution of crime" or from "prosecution of crime" into "defense against crime" or "prevention of criminal prosecution"), the use of the data in subsequent proceedings requires further justification. In the case of Germany, the question of whether and how the same data can be used after the conversion of proceedings is justified by the idea of a "hypothetical alternative intervention". This paper explains the presentation of the "hypothetical alternative intervention" in German criminal proceedings in light of the "Legend Control" judgment of the German Federal Supreme Court in 2017, together with the newly amended § 479 II of the German Code of Criminal Procedure, with a view to providing a basis for the development of the "hypothetical alternative intervention". This is intended to provide a theoretical justification for the use of personal data collected in non-criminal proceedings, evidence collected under technical investigative measures, and "accidental discoveries" in subsequent proceedings; at the same time, the use of personal data needs to be restricted when criminal proceedings are converted into administrative proceedings.