

英法德荷意技术侦查的程序性控制^{*}

胡 铭

内容提要:以英法德荷意五国为代表,欧洲的技术侦查经历了逐步演进的过程,从而形成了具有共性并各有特色的程序性控制机制。欧洲人权法院的判决对上述国家的技术侦查制度产生了重要影响。五国对于技术侦查的决定程序远未达成共识,司法审查、准司法审查和行政审查三种模式是各国在本国刑事司法的特点的基础上所作出的选择。技术侦查的适用范围经历了从立法限制到有限度扩张的变化,从传统的秘密监控领域扩展到新兴领域,并为应对有组织犯罪、恐怖主义等极端犯罪而表现出扩张的趋势。比例原则和必要性原则成为基本准则,体现出欧洲公法的特点。通过执行的具体程序来规制技术侦查的适用,从操作性和细节上防止技术侦查的滥用。相关比较可以为我国的技术侦查法治化提供借鉴。

关键词:技术侦查 程序性控制 欧洲人权公约 司法审查

胡铭,浙江大学光华法学院教授。

我国新《刑事诉讼法》在2013年开始正式实施,其中,对于新规定的直接关涉公民基本权利的技术侦查制度,让人欢喜让人忧。喜的是技术侦查终于有了明确的法律依据,忧的是技术侦查从幕后走到台前之后的滥用风险。所谓技术侦查,是指公安机关、人民检察院根据侦查犯罪的需要,在经过严格的批准手续后,运用技术设备收集证据或查获犯罪分子的一种特殊侦查措施。根据侦查实践,技术侦查措施包括监听、监视、密取、网络监控、截取电子邮件、秘密拍照、秘密录像、电子通讯定位等。^[1]对于这些直接关系到人权的特殊侦查措施,国际通行的做法是通过程序性控制来防止权力的无限扩张与滥用。其中,我们比较熟悉的是美国的模式,^[2]但对欧洲相关制度的研究显然还是很不够的,而我国的法律传统又比较接近于欧陆。鉴于此,笔者尝试对以英法德荷意五国为代表的欧洲国家技术侦查的程序性控制进行比较与审视,以便为我国技术侦查的规制提供借鉴。

* 本文的研究获得了国家社科基金重点项目(11AZD020)、中央高校基本科研业务费专项资金、浙江省钱江人才计划资助。

[1] 参见陈光中主编:《刑事诉讼法(第四版)》,北京大学出版社、高等教育出版社2012年版,第281-282页。

[2] 参见[美]罗纳尔多·V.戴尔卡门:《美国刑事诉讼——法律和实践》,张鸿巍等译,武汉大学出版社2006年版,第343-353页;王兆鹏:《美国刑事诉讼法》,北京大学出版社2005年版,第221-223页。

一 司法令状是否已经成为通例

谁有权决定技术侦查的适用,是程序性控制的首要问题。通常认为西方主要国家的技术侦查采用司法审查模式,司法令状也被认为是防止技术侦查被滥用的最有效的方法。那么,技术侦查中的司法令状主义是否是欧洲各国的通例呢?

(一) 行政审查模式:以英国为例

英国^[3]虽然是英美法系的代表性国家,却没有使用美国式的司法审查,而是对技术侦查采用行政审查模式。英国法中,关于监听等技术侦查的决定权经历了一个逐步演进的过程。《1985年通话拦截法》(*Interception of Communication Act 1985*)是第一部直接对此作出规定的法律。直接促成该法出台的是1984年欧洲人权法院“马龙诉联合王国”(Malone v. United Kingdom)一案,该案的判决批判了英国监听由行政权审批的制度。该法虽然被视为是对欧洲人权法院的回应,却实质上只是确认了英国实践中的做法,没有确立任何司法审查或司法监督。根据该法,所谓最严格的监听所需要的也只是作为中央政府部长的内政大臣批准的令状。该法现在已经废除。之后,1997年英国通过了《警察法》,该法第93条授权高级警官有权决定监听,如警察局长、警署委员和国家刑事情报局局长。《2000年侦查权限制法》(*Regulation of Investigatory Powers Act 2000*)同样授权高级警官或者在紧急情况下他们的副手有权决定秘密监控。^[4]总而言之,英国的技术侦查均采用行政授权,对于侵犯当事人权益最为严重的侵入监控需要内政部授权,侵犯当事人权益较为严重的侵入监控、通讯截取等由执法机关外的上级行政机构决定,而对于侵权较轻微的直接监控、通讯数据截取则由执法机关自行决定。

对此,学者们虽然有争议,但英国政府坚持认为这是恰当的,如英国前内政部部长曾指出:“如果比较一下欧洲其他国家的做法,我们会发现实行司法审查的国家并不意味着给予了公民更多的保护,恰恰相反我个人认为在许多有司法令状制度的国家,司法令状制度反而削弱了对人权的保护,因为令状经常被作为一个人权保护的幌子存在而并未对人权的保护提供多少真正的保护。”^[5]这一论断虽然受到批评,但其与英国的司法实践在一定程度上是相印证的。从司法实践来看,英国虽然没有采用司法令状,但与欧洲大陆的主要国家比起来,监听的数量与比例反而比法德等欧陆其他国家低。

(二) 准司法审查模式:以法荷为例

法国《刑事诉讼法》第81条规定:“预审法官应当按照法律规定进行一切他认为有助于查明事实的侦讯。”这里的侦讯便包括了监听等技术侦查措施。法国最高司法法院根据该条规定,承认预审法官可以对受指控人的电话通信线路实行监听。但欧洲人权法院认为,法国的上述做法做得不够,特别是有关电话监听以及对此种监听实行监督方面做得不够。^[6]

[3] 英国的领土包括英格兰、威尔士、苏格兰和北爱尔兰。由于历史原因,苏格兰的刑事司法制度自成体系,北爱尔兰也具有相对独立性。本文中所述的英国法,主要指英格兰和威尔士实行的法律制度。

[4] Clive Harfield, *The Governance of Covert Investigation*, 34 *Melb. U. L. Rev.* 773 (2010).

[5] Michael Cousens, *Surveillance Law*, *LexisNexis* 2004, p. 133. 转引自程雷:《秘密侦查比较研究》,中国人民公安大学出版社2008年版,第509页。

[6] Sybil Sharpe, *The European Convention: a suspects' charter?*, *Crim. L. R. Dec.* 848 - 860 (1997).

为满足欧洲人权法院的要求,法国在 1991 年通过了一项法律(第 91 - 646 号法律),并在《刑事诉讼法》新的第 100 条至 100 - 7 条确定了电话司法监听的规则。^[7]

那么,为何将法国预审法官决定技术侦查的模式称为准司法审查模式呢?理由有二:(1)预审法官本身的性质决定了其区别于典型的法官决定的司法审查模式。1958 年法国《刑事诉讼法》颁布之前,预审法官属于司法警察序列,履行侦查职能,没有裁判权。而现在预审法官拥有侦查与审判的双重职能。这种双重职能,不仅使其在司法体制中具有独一无二的地位,也因此成为争议的焦点。2000 年以来,关于预审法官的存废,法国国内进行了激烈的争论。特别是 2009 年 1 月 7 日,时任法国总统萨科奇关于刑事司法改革计划中,特别提到将取消现行“预审法官”,代之以“预审监督法官”。预审法官之前所主导的刑事侦查任务将交由检察院负责。^[8]虽然萨科奇的下台,使得废除预审法官的改革搁置,但对预审法官制度的改革仍在进行之中。(2)根据法国《刑事诉讼法》第 100 条的规定:“(电讯)截留的决定以书面形式。此项决定不具有司法性质,不得进行上诉”。这便使得预审法官决定和监督的电讯截留措施,在法国法上明显区别于具有司法性质其他司法审查措施。

预审法官的地位日趋衰微,使得法国技术侦查司法审查机制正在发生变化,部分案件的审查主体正由以往的预审法官转由自由与羁押法官^[9]或共和国检察官。如法国 2004 年“使司法适应犯罪发展的法律”规定,有组织犯罪案件中在预先侦查程序及现行犯侦查程序所进行的电话窃听,转由自由与羁押法官审批。也就是说,法国技术侦查的批准权正在逐步变成预审法官和自由与羁押法官分享。

准司法审查模式的另一种形态是由检察官来决定技术侦查的采用,如荷兰 2000 年以来采该模式。在 2000 年立法修改之前,荷兰的电信监控由预审法官授权,但在法律修改过程中,这一权力转交检察官行使。荷兰检察官实际上扮演了类似于司法官的角色,其授权在一定程度上体现了司法审查的色彩。^[10]在荷兰,检察官被看作司法官,2001 年荷兰《司法机构组织法》第 1 条明确将检察机关定性为司法机关。^[11]这使得检察官的审查体现了准司法审查的性质。“荷兰体系寄托了相当大的信任与审判前调查的制衡性、深入的重要性以及由司法者执行的监督的核心性。”^[12]

(三)司法审查模式:以德意为例

德国在废除预审法官的基础上,确立了技术侦查的司法审查模式。德国理论界认为预审法官主导侦查是质问式程序的残余,预审法官既指挥侦查又签发令状,混淆了两种不同职能,实际上起着超级警察的作用。1975 年,废除了预审法官制度,从此将司法令状的任务交给了法官,即所谓侦查法官。在德国,“侦查法官是地方初级法院的一名法官。被称作‘侦查法官’具有一定的误导性,因为该法官自己并不‘侦查’,而是针对检察官(或警察)的侦查

[7] [法]贝尔纳·布洛克:《法国刑事诉讼法》(第 21 版),罗结珍译,中国政法大学出版社 2009 年版,第 387 页。下文关于《法国刑事诉讼法》来特别注明的内容均来源于此,一并说明。

[8] 倪静:《法国预审法官制度存废之争》,《人民法院报》2010 年 5 月 21 日,第 8 版。

[9] “自由与羁押法官”由法国 2000 年 6 月 15 日关于加强保障无罪推定与被害人权利的法律设立,其目的是限制预审法官相对过大的权力,对先行羁押这一强制措施实行双重监督,进一步保障当事人的人身自由权利。

[10] 参见程雷:《秘密侦查比较研究》,第 508 页。

[11] 参见郎胜、熊选国主编:《荷兰司法机构的初步考察和比较》,法律出版社 2003 年版,第 38 页。

[12] [英]斯迪沃特·菲尔德等:《检察官、预审法官及其对警察调查的控制》,载江礼华、杨诚主编《外国刑事诉讼制度探微》,法律出版社 2000 年版,第 105 页。

活动为公民的人权提供保护。”^[13] 监听、扣押电邮等作为直接涉及到人权的侦查行为,需要得到侦查法官的批准,或者紧急情况下在侵权行为发生之后再报请其批准。

在德国,电子通讯的监控与记录被认为是损害了基本法第 10 条第 1 款规定通讯的秘密性,同时也损害了基本法第 1 条和第 2 条第 1 款保护的公民不得在违背其意愿的情况下将言词记录的权利。为防止宪法保护的这些核心权利,德国《刑事诉讼法》第 100b 条第 2 款规定,对监听要求有司法令状,并指明监控的种类、范围和持续期间,最长期限为 3 个月,准许对期限延长,每次不超过 3 个月。也就是说,对于电讯往来是否监视、录制,只允许法官决定。但在延误就有危险时也可以由检察院决定,检察院的命令如果在 3 日内未获法官确认的,将失去效力。一般情况下,法官都会倾向于批准此类令状,以至于,“实践中关于新式侦查的另一问题是电话监听中法官保留原则的有效性,实践中法官批准监听过于频繁,使人们开始怀疑法官控制监听的有效性到底有多大。”^[14]

和德国类似,意大利于 1988 年废除了法国式的预审法官制度,同时,从保障人权的刑事诉讼目的出发,为了加强对侦查权的监督与控制,设立了侦查法官。侦查法官并不进行侦查行为,而是负责司法审查和侦查监督。检察官在初期侦查过程中如果需要采取窃听措施,必须取得侦查法官的批准。^[15] 侦查法官被剥夺了收集证据的权利,比起原来的预审法官,权力要小很多。他们逐渐将自己仅仅看做是“公证员”,而检察官在获得窃听的令状和预审阶段都处于主导地位。意大利学者认为:“预审程序本身丧失了作为检察官工作过滤器的功能。在司法实践中,预审程序已经转变为一种易于开展工作的‘书面交付’(就像英格兰的制度一样),转变为一种方便辩方熟悉侦查阶段的证据开示程序。”^[16]

总体来看,德国和意大利的侦查法官司法审查模式并没有为其赢得比英法等国更为好的声誉,如有学者就直言:“事实上,德、意两国近些年的司法实践表明,侦查法官制度根本无法有效遏制审前程序的权力滥用行为。”^[17]

二 适用对象的限缩与扩张

技术侦查的法治化要求适用对象必须是明确且受限的。欧洲主要国家普遍通过立法限制技术侦查的适用对象,但在近年中又表现出扩张的趋势。两种趋势貌似矛盾,其背后却有着现实主义的考量。“对犯罪的秘密侦查是一个充满着大量的原则与利益在动态或偶然的相互作用下的竞技场。”^[18]

(一) 通过法定化实现适用对象的限缩

“在欧洲人权法院的压力下,将秘密侦查与其他刑事程序整合并因此更好地控制。欧洲法律体系,包括德国、法国和意大利,自 1980 年代后期开始已经对秘密侦查系统立法。”^[19]

[13] [德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 42 页。

[14] 参见陈卫东等:《德国刑事司法制度的现在与未来》,《人民检察》2004 年第 11 期。

[15] 参见曹文安:《预审制度研究》,中国检察出版社 2006 年版,第 125 页。

[16] [意]恩尼欧·阿莫戴奥:《逝而复返的控辩式诉讼模式——意大利刑事诉讼程序的改革》,李荣冰译,载陈光中等主编《比较与借鉴:从各国经验看中国刑事诉讼法改革路径》,中国政法大学出版社 2007 年版,第 82 页。

[17] 施鹏鹏:《法国审前程序的改革及评价》,《中国刑事法杂志》2008 年第 7 期。

[18] Clive Harfield, *The Governance of Covert Investigation*, 34 *Melb. U. L. Rev.* 773(2010).

[19] Jacqueline E. Ross, *The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany*, 55 *Am. J. Comp. L.* 493(2007).

在这种压力下,欧洲各国不得不将秘密侦查措施的适用范围明确化,以与法治原则相一致。

如英国《2000 年侦查权限制法》便是一部对政府公共权力部门的通信截收及监控活动进行授权同时又对上述行为加以严格控制的法律。在该法中规定,只有为了维护国家安全和利益,为预防或侦查案件或者是为了防止混乱、为了英国的经济利益、为公众安全及利益、为了保护公众健康;为了评估或征集税款关税或收集其他应纳税额以及其他应支付给政府部门的费用;在紧急情况下,为了阻止死亡、受伤或对某人身心健康的损害,或为了减轻对某人身心健康的伤害以及其他国务大臣提出的原因,相关的公共权力部门才能够要求获得这些由邮政服务或电信服务提供者所掌握的数据。^[20]

在德国,1968 年,立法机关试图引入电话监听这一措施,被认为是必须在受保护的 personal 利益和执行利益之间寻求妥协。根据法院作出的解释,这种妥协明显偏向于执法利益。^[21] 根据德国《刑事诉讼法》第 100a 条的规定,只有在对特定的严重犯罪的侦查中才允许进行电话监听。这些犯罪包括叛国罪、侵害国家利益罪、刑事和各种恐怖组织犯罪、杀人、绑架、抢劫、敲诈、纵火、严重盗窃和收受赃物、严重毒品犯罪以及违反保护外贸特定条款的犯罪。这些犯罪的未遂行为和可罚的预备行为也包含在内。

法国的立法并没有像德国那样列举罪名,而是以规定法定刑的形式限制技术侦查的适用。如法国《刑事诉讼法》第 100 条将电讯截留的范围作出了明确限定,即“在重罪或轻罪案件中,如果可能判处的刑罚为二年或二年以上的监禁,预审法官为了侦查的必须,可以决定截留、登记和抄录邮电通讯。此项措施由他授权并监督。”^[22]

而意大利法的相关规定则是德国和法国模式的结合。如意大利《刑事诉讼法》第 266 条规定,对下列案件允许对谈话、电话和其他形式的电讯联系进行窃听:(1)依法应判处无期徒刑或者五年以上有期徒刑的非过失犯罪;(2)依法应判处五年以上有期徒刑的妨害公共管理的犯罪;(3)涉及麻醉品和精神刺激药物的犯罪;(4)涉及武器和爆炸物的犯罪;(5)走私犯罪;(6)利用电话实施的侮辱、威胁、骚扰或干扰他人的犯罪。^[23]

荷兰的技术侦查入法则是在经历过严重的信任危机后的抉择。1996 年,警方调查议会咨询委员曾对此作出了明确的判断,并指出警察的调查方法缺乏法律标准。该委员会的报告使那些负责监督警方的人感到深深地震惊。2000 年荷兰就警察的调查权和特别调查方法等方面进行了广泛的立法,比如荷兰《刑事诉讼法》第 126 条对观察与跟踪、警察渗透、派遣密探、通过技术手段截取通信、秘密潜入等作出了明确的限制性规定。^[24] 根据荷兰《刑事诉讼法》第 126 条的规定,如果有该法第 76 条第 1 款所指的犯罪,考虑到其性质或者犯罪嫌疑人的其他犯罪活动将严重破坏法律秩序,如果遇到紧急情况,检察官可以命令一位侦查人员,使用技术辅助器材窃听并录制有保密权的联络通讯。^[25]

[20] 该法也被译为《2000 年调查权管理法》。参见陈光中等:《对英国〈2000 年调查权管理法〉的分析研究报告》,《诉讼法论丛》第 7 卷,法律出版社 2002 年版,第 178 - 179 页。

[21] 参见[德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,第 122 - 123 页。

[22] 《法国刑事诉讼法典》,余叔通、谢朝华译,中国政法大学出版社 1997 年版,第 51 页。

[23] 《意大利刑事诉讼法典》,黄凤译,中国政法大学出版社 1994 年版,第 89 - 90 页。

[24] 参见[荷]塔克:《荷兰刑事司法制度》,何萍、朱丽芳译,上海交通大学出版社 2010 年版,第 28 - 29 页。

[25] 荷兰《刑事诉讼法》第 76 条规定的犯罪包括:涉嫌的犯罪事实根据法律规定可能判处 4 年或者 4 年以上的徒刑;荷兰《刑法》第 132 条、285 条等规定的某些严重犯罪;《公路交通法》、《毒品法》、《军人违反职责罪法规》等其他法律规定的特别犯罪行为。参见郎胜、熊选国主编:《荷兰司法机构的初步考察和比较》,第 121 - 176 页。

(二) 从传统的秘密监控领域扩展到新兴领域

在欧洲各国立法限制技术侦查的同时,随着技术进步和信息化迅猛发展,控制犯罪的需要使得技术侦查的适用日益扩大,并从传统的秘密监控迅速扩展到了新兴信息领域。

英国《2000年侦查权限制法》便是典型一例,该法使得英国的技术侦查扩展到了公共邮政系统、公共电信系统或专用电信系统传输的有线及无线通信等现代信息领域,从而使得网络通讯所传送的档案不论其是文字文件、影像文件还是程序文件都适用截收的规定,电子邮件、手机短信息、电子文档以及加密电子数据均被纳入英国政府监控的范围。同时,政府有权要求互联网服务提供商安装“黑匣子”监视系统,并为英国军情五处控制的监测中心分离并发送数据和电子邮件。^[26] 该法还授权雇主可以监控员工的电子邮件,这种做法也引起了欧盟的强烈不满和批判。

在德国,法律授权可以采取以下新的重要步骤:(1)规定可以借助技术手段,比如借助摄像机和卫星;(2)进行监视和观察,以及规定可以窃听私人间的谈话,比如借助于秘密安装的窃听器。^[27] 特别有争议的问题常常是:这些高科技手段是否也允许安装于商务场所和私人住宅内。因为,根据德国联邦宪法法院对《德国基本法》第13条的解释,第13条绝对保护私人商务场所免受以刑事追诉为目的的国家秘密干预的侵害。为了收集刑事诉讼所需的信息,使得在住宅和商务场所秘密安装窃听器成为可能,就有必要修改宪法。最终在1998年通过对《德国基本法》第13条的限制和以之为基础对《刑事诉讼法》第100c条第1款的扩大,使得对私人住宅的所谓“大窃听”措施成为可能。^[28] 此外,德国刑事诉讼中,如果是犯罪所不可缺少,则监控可以扩展到犯罪嫌疑人“有关系”的其他人。1998年宪法修正案允许为了执法目的,对住宅进行声音的监控,从而突破了原法对住宅隐私权的特别保护。

在荷兰,“新科技的发展能够使人们利用先进的技术强制手段来打击有组织的或者严重的犯罪。”^[29] 这直接反应在技术侦查领域,如根据1993年《计算机犯罪法案》,调查人可以通过远程定位麦克风拦截各种形式的电信和通讯,根据2000年《特别调查权力法案》(*Special Investigative Powers Act*),调查人有权运用跟踪和追踪装置进行远程监控;最近对电信采用扫描装置的权利也已经获得了通过。^[30]

(三) 适用对象的扩张:应对有组织犯罪、恐怖主义等极端犯罪

有组织犯罪、恐怖主义犯罪使得技术侦查的适用范围不得不扩张,特别是恐怖主义的威胁,“9·11”以来,各国已经增强了他们监视涉嫌恐怖主义的个人和侦查所谓的恐怖行为的法律和操作能力。反恐措施已经包括扩大授权执法机构使用电话监听、窃听、警察监控、搜查令状、解码技术和控制互联网,以及迁徙自由。^[31]

在英国,通过专门立法,使得技术侦查的适用对象扩张。英国《2001年反恐怖主义、犯罪及安全法》专门规定了“截获通讯资料”,其中的第102条规定:国务大臣认为为了保证国家

[26] Alisdair A. Gillespie, *Cyberstalking and the Law: a Response to Neil MacEwan*, *Crim. L. R.* 1, 38-45 (2013).

[27] 参见德国《刑事诉讼法》第100c条第1款第1项、第2项。《德国刑事诉讼法典》,李昌珂译,第34页。

[28] 户外的窃听,在德国俗称小窃听,在私人住宅内的窃听,俗称大窃听。德国于1992年在刑事诉讼法中增列允许小窃听的规定;基于德国《基本法》第13条增加的——为了侦破重大案件可以对私人住宅进行窃听——这一规定,1998年7月德国《刑事诉讼法》增列了允许大窃听的规定。参见《德国刑事诉讼法典》,李昌珂译,第31-34页。

[29] 参见[荷]塔克:《荷兰刑事司法制度》,何萍、朱丽芳译,第27页。

[30] 参见[荷]塔克:《荷兰刑事司法制度》,何萍、朱丽芳译,第27页。

[31] [加]艾琳·斯金尼德:《反恐措施及其对刑事司法领域国际人权标准的影响》,胡铭、张栋译,载陈光中主编《21世纪域外刑事诉讼立法最新发展》,中国政法大学出版社2004年版,第319-320页。

安全、防止或侦查犯罪或指控任何犯罪分子有此必要,而这些犯罪或犯罪分子可能直接或间接与国家安全相关的,可以和通讯提供商签订任何他认为合适的协议,该协议是通讯上应该遵守的关于保留由提供商获得或持有的通讯数据的操作法规。第 104 条规定:国务大臣可有针对性地对总通讯部门或某些、某个特定的通讯部门发出截获通讯资料的指令。^[32]

在法国,伊斯兰恐怖主义、分裂恐怖主义和极左翼恐怖主义,以及黑帮、黑社会等有组织犯罪,被认为对社会秩序造成了极大的威胁。在这样的背景下,“打击恐怖主义和有组织犯罪的手段包括收集情报、普通法程序例外规定的应用、特殊技术的使用、潜伏、国际互助行动、财产调查等。”^[33]其中不少措施借助了技术侦查的手段,法律也做出了相应的修改。法国 2004 年对刑事诉讼法的修改,是为了更有效地与有组织犯罪这种最严重的犯罪作斗争,规定了一些特殊的措施,立法者采用了最直接、最明了的方式以界定有组织犯罪。凡在罪名列表中的即属有组织犯罪,可适用特殊的侦查手段及强制措施;反之,未在列表中的罪名,则不属有组织犯罪,按一般的刑事诉讼程序处理。^[34] 侦查方面对于上述严重犯罪可以采取监视、卧底等特殊措施,规范并加强卧底侦查在有组织犯罪案件中的适用,增设特定地点或车辆的录音与拍照,加强非常规搜查的适用,扩大电话窃听的适用范围,以及加强了跨区域监视。依法国新法之规定,对于《刑事诉讼法典》第 706 - 73 条所规定的有组织犯罪,共和国检察官可基于侦查之必要提出请求,在经自由与羁押法官书面许可后进行电话窃听。电话窃听时间不得超 15 天,且只能延长一次,延长亦适用相同的审批条件。截留、录制或转录窃听内容的,共和国检察官得依司法警官的请求“无延迟”告知自由与羁押法官。相关的侦查行为应载入案卷笔录。需要特别指出的是,贝尔本二号法律。^[35] 在《刑事诉讼法典》第 100 - 7 条加入了新的一款,规定司法官、律师及议员的电话不受窃听。^[36]

而在德国,以往人们认为即使是密谋实施的犯罪,对查明事实电话监听也是足够的,而且从没有过分频繁地使用过它。这种状况在 20 世纪 80 年代发生了变化,那时,打击所谓的有组织犯罪开始成为刑法和刑事诉讼法讨论的主题。在当时的保守政府眼里,有组织犯罪是各州内部安全的一个严重的威胁。为了有效“击溃(瓦解)”有组织犯罪,只有秘密地摸清它的内部结构,才能掌握对付它的主动权。在刑事诉讼法中,秘密侦查方法的扩大就服务于这一目标,在这些秘密侦查方法中,人们可以同时动用新的监听技术提供的可能性监听监视电讯和其私人间通讯。^[37] 1993 年德国通过了《对抗有组织犯罪及毒品犯罪法令》,规定了许多新型侦查方式,如卧底警探、监听等。由此刑事侦查活动被认为变得更加主动,更能发挥预防犯罪的功能。

三 适用基本原则:比例原则与必要性原则

在英法德荷意五国技术侦查制度中,以比例原则与必要性原则限制技术侦查的适用是

[32] 参见罗海敏:《反恐视野中的刑事强制措施研究》,中国人民公安大学出版社 2012 年版,第 188 - 189 页。

[33] [法]让-马克·埃尔博:《法国反恐主义和反有组织犯罪的斗争》,王鲲鹏译,《国家检察官学院学报》2009 年第 6 期。

[34] 参见陈卫东等:《法国刑事诉讼法改革的新进展》,《人民检察》2004 年第 10 期。

[35] 2004 年 3 月 9 日颁布的贝尔本二号法律的全称为“使司法适用法律发展的法律”。

[36] 参见施鹏鹏:《正当程序视野下的反有组织犯罪法:法国的经验与教训》,《中国刑事法杂志》2011 年第 11 期。

[37] [德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序的改革:趋势和冲突领域》,樊文译,载陈光中主编《21 世纪域外刑事诉讼立法最新发展》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 236 页。

突出的共性,这也体现出欧洲公法的特点。上述原则被认为是宪法性原则,是约束涉及人权的公权力的基本准则。^[38]

(一) 比例原则

比例原则,简单地说,就是公权力所采取的措施与其所达到的目的之间必须合比例或相称。^[39]

在英国,技术侦查中的比例原则,要求行为的侵扰性不能超过必须进行的侦查活动,必须对那些可能因此使隐私遭侵扰的无辜当事人给予关照。它还限制了监听的期限。^[40] 根据监视对个人隐私权的侵扰程度或者是否涉及不法入侵,英国法将秘密监控的理由和授权做了区分:(1)对商业建筑物的监视,其理由和允许使用耳目一样宽泛,即便所获取的信息涉及侦查对象的隐私或家庭隐私。(2)批准监视民宅或私家车的理由要狭窄得多,并且被限定在维护国家安全、国民经济以及预防或侦查严重犯罪的场合。上述区分说明,相对于隐私权,英国法更强调对居住权的保护。根据《1997年警察法》,决定授权的理由只有一个,即确信特定行动“在预防或侦查严重犯罪方面可能具有实质性价值。”^[41]这里的严重犯罪可以包括大量中等严重程度的犯罪,如扰乱社会秩序、轻微伤害或者涉案金额较大的初犯。

法国宪法委员会在通过2004年的法律时,特别强调,“(特殊的侦查手段)本质上严重损害了宪法所保护的权利和自由,如个人人身自由、住宅不可侵犯以及私生活秘密不可侵犯的权利……(适用这些特殊的侦查手段)应严格局限于查找特别严重及复杂之案件的罪犯”;对于在特定地点或车辆的录音与拍照,“立法者必须确保,与犯罪无涉的私生活,不得存入案卷笔录”^[42]

荷兰《刑事诉讼法》第126条规定:检察官为了调查案情需要,可以决定侦查人员在未经主人许可的情况下进入私人场所执行监听的命令,但住宅除外。如果在侦查已急不可待的情况下,嫌疑的犯罪事实根据法律规定可能判处8年或者8年以上的罪行,他可以决定未经主人的许可进入住宅执行上述命令。^[43]

在德国,为了侦破重大案件可以对私人住宅进行窃听,但有很严格的前提的条件,而且它特别要求一个由三个职业法官组成的法庭的事先批准。^[44]因此,在实践中,很难采用而被认为不具有很大的实际意义。

(二) 必要性原则

所谓的必要性原则,是指立法机关、行政机关或司法机关在能够相同有效地实现目标的诸多手段中,应该选择对公民个人权利最小侵害的措施。

在英国,必要性原则要求,技术侦查行为对于使侦查避免过分延误或阻碍并得以继续进行来说是必要的。换言之,这是合理的行为过程。如对于监听,基于以下考虑,有必要给予授权:(1)国家安全;(2)预防和侦查犯罪、或者防止社会紊乱;(3)英国的经济繁荣;(4)公

[38] 参见陈新民:《德国公法学基础理论(下册)》,山东人民出版社2001年版,第368-372页。

[39] 广义的比例原则被认为包括了3个次层级概念:狭义的比例原则或称比例性原则,必要性原则和妥当性原则。本文中的比例原则采狭义的概念。

[40] [英]麦高伟、杰弗里·威尔逊主编:《英国刑事司法程序》,姚永吉等译,第60页。

[41] [英]麦高伟、杰弗里·威尔逊主编:《英国刑事司法程序》,姚永吉等译,第59页。

[42] 施鹏鹏:《正当程序视野下的反有组织犯罪法:法国的经验与教训》,《中国刑事法杂志》2011年第11期。

[43] 参见郎胜、熊选国主编:《荷兰司法机构的初步考察和比较》,第163页。

[44] 参见德国《刑事诉讼法》第100d条第2款。

共安全;(5)公共卫生的保护;(6)税收等的评估和征收;(7)其他由国务大臣在命令中所具体规定的目的。同时,所授权的监视与该授权实施所能谋求的东西必须是相称的。^[45] 虽然上述原则在英国法中得到了强调,但由于批准技术侦查的人员本身就是执法机关的成员或者是有着行政上的相关利益,以至于这些原则很难得到有效实施。英国学者夏普曾批判:“即使是高级警官,也没有必要在审查警察部队内部较低级警官的申请时考量必要性和比例问题,因为他不是超然和中立的仲裁者。”^[46]

在 *Huvig v. France* 一案中,^[47] 犯罪嫌疑人涉嫌并最终被证明使用假发票来偷税。在侦查中,法官授权一位高级警官对嫌疑人的商业和私人电话进行窃听。嫌疑人认为该行为违反了《欧洲人权公约》第 8 条的规定。欧洲人权法院最终判决认定,上述侦查行为违反了《欧洲人权公约》,除非其是根据法律进行的,追求一个或更多的合法目的,而且其是“民主社会中必须要做的”。^[48] 类似的案件如在 *Kruslin v. France* 中,^[49] 欧洲人权法院同样是判处法国败诉。上述案件,使得法国的电话窃听不得适用于现行犯侦查程序及预先侦查程序。即便在预审调查程序适用电话窃听,也仅得以侦查必要性为限,且仅能短时间适用。但贝尔本二号法律扩大了在有组织犯罪案件中电话窃听的适用范围,规定了在现行犯侦查程序及预先侦查程序中适用此一侦查手段的可能性。

在德国,“‘侦查法官’应对侦查行为的合法性作出判断,而不去考虑该行为是否可行。”^[50] 在采取其他方式进行侦查很难取得成效或成果甚微的情况下,在做侦查事项对于查清案件十分重要的条件下,经侦查法官批准,可以不经当事人知晓,使用技术侦查手段侦查案情和相关人的居所。“对通讯的监听措施原则上是辅助性的,亦即,唯当对事实的调查或对被告的住所无法以其它方式查出或极难查出时,方得施行此措施。”^[51] 在克拉斯(Klass)等诉德国一案中,欧洲人权法院指出:为了预防犯罪、打击间谍活动和恐怖主义活动,实施监控是“在一个民主国家有必要的采取的措施”。但是,要符合《欧洲人权公约》中“在一个民主社会中有必要”的要求,必须是对当事人有充分的、有效的法律保障的前提下。这一条件是否吻合,必须根据案件的所有要素确定,包括:采取的措施的性质、范围、持续期间和法律依据,批准、执行和监督的机关的权限和地位,国内法规定的保障与救济措施,等等。^[52]

意大利《刑事诉讼法》第 266 条规定,对符合该条规定的情况下仅允许窃听现场对话。但是,如果这种对话发生在《刑法典》第 614 条列举的地点,只有当确有理由认为那里正在进行犯罪活动时,才允许窃听。意《刑事诉讼法》第 267 条规定了窃听作出的条件是:当存在重大犯罪嫌疑并且为进行侦查工作必须实行窃听时,采用附理由命令的形式予以批准。有学者在对 38 位从事窃听等秘密侦查行为的侦查人员进行访谈后,得出结论,意大利的警察在从事相关侦查行为时十分谨慎,因为他们害怕自己涉入毒品、腐败等严重

[45] 参见陈光中等:《对英国〈2000 年调查权管理法〉的分析研究报告》,第 181 页。

[46] [英]麦高伟、杰弗里·威尔逊主编:《英国刑事司法程序》,姚永吉等译,第 60 页。

[47] *Huvig v. France*, 12 E. H. R. R. 528 (1990).

[48] Rita Esen, *Intercepting communications “in accordance with the law”*, *J. Crim. L.* 76(2), 164-178(2012).

[49] *Kruslin v. France*, 12 E. H. R. R. 547 (1990).

[50] [德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,第 43 页。

[51] [德]克劳思·罗科信:《刑事诉讼法(第 24 版)》,吴丽琪译,法律出版社 2003 年版,第 334 页。

[52] *Klass and Others v. Federal Republic of Germany*, 2 E. H. R. R. 214 (1979-1980).

犯罪中去。^[53]

在欧洲,警察在是否起诉或逮捕犯罪嫌疑人时的自由裁量权显然要小于美国警察。特别是在英国,由于私人起诉制度仍然残存,使得理论上允许被害人将实施秘密侦查的警察作为共犯起诉。^[54]这也使得警察在适用时更为慎重。

四 通过执行中的具体程序规制

对于技术侦查的规制,不仅需要抽象的原则,也需要具体的程序规定。相比较而言,英国对于技术侦查的具体程序较为模糊,《2000年侦查权限制法》被认为主要是应对欧洲人权法院对于侦查合法性的质疑。该法中规定了秘密监控、通讯截获的期限都是三个月,可以延期。对于其他方面的具体程序,缺乏细致具体的规定。而法德荷意为代表的欧陆国家,对于技术侦查的具体程序则做出了较为细致的技术性规定,突出体现在以下方面:

(一) 适用的期限

法国的电讯截留期限最长是4个月。继续截留需要按同样的条件、方式和期限重新作出决定。意大利法规定的窃听时间不得超过15日,但法官可以采用附理由的命令将此期限延长,每次延长的时间不得超过15日。德国对于监视电讯,法官的令状被限制在至多3个月的期限,如果相关前提条件继续存在,准许对期限延长每次不超过3个月。在荷兰,窃听命令的有效期最多为4个星期。有效期可以多次再延长最多4个星期。^[55]

(二) 记录保存与销毁的规则

在法国,预审法官或者他所授权的司法警察,应当就每一次截留和登记行动作出记录。记录应载明此项行动开始和结束的日期和时刻。登记册应封存。预审法官或者他所授权的司法警察可以抄录有助于查明案件真相的信息并制作记录。复印件存入档案。登记册根据共和国检察官或检察长的要求,在公诉时效期限届满时销毁。在意大利,笔录和录音完整保存在作出窃听决定的公诉人那里。录音保存到判决不再可能受到上诉之时。但是,当诉讼不需要有关材料时,关系人可以为了维护其隐私权要求曾经批准或者认可窃听工作的法官将其销毁。销毁工作在法官的监督下进行并需记入笔录。在德国,技术侦查所获得的信息材料,要存放检察院保管。追诉不再需要以技术侦查措施得来的材料时,应当在检察院监督下不迟延地将它们予以销毁。对销毁情况要制作笔录。荷兰刑事诉讼法第5B章第3节,对保存和销毁笔录和其他物品、数据用于他处,作出了详细的规定。^[56]

(三) 告知程序

在法国,预审法官必须事先告知国民议会主席,才能在通向他们的电讯线路上截留。预审法官必须事先通知律师公会会长,才能在通向律师办公室或其家宅的电讯路线上截留。违反该规定,则截留的信息视为无效。在意大利,规定了在窃听笔录和录音移送公诉人并存

[53] Jacqueline E. Ross, Impediments to Transnational Cooperation in Undercover Policing: A Comparative Study of the United States and Italy, 52 *Am. J. Comp. L.* 569 (2004).

[54] Jacqueline E. Ross, Tradeoffs in Undercover Investigations: A Comparative Perspective, 69 *U. Chi. L. Rev.* 1501 (2002).

[55] 本部分的具体法条分别参见《德国刑事诉讼法典》,李昌珂译;《法国刑事诉讼法典》,余叔通,谢朝华译;《意大利刑事诉讼法典》,黄风译;郎胜、熊选国主编:《荷兰司法机构的初步考察和比较》。

[56] 参见郎胜、熊选国主编:《荷兰司法机构的初步考察和比较》,第173页。

储在秘书室后,^[57]应通知当事人的辩护人,且律师有权审查有关文书和录音。律师有权参加法官主持的录音材料的删剪工作,可以得到相关材料的副本,并且要求转录磁带上的录音。《德国刑事诉讼法》规定,对侦查目的、公共安全、他人人身或者生命以及派遣的秘密侦查员的继续使用不会构成危险的时候,应当将采取的措施通知涉及的当事人。《意大利刑事诉讼法》则规定,窃听执行后,需要通知当事人的辩护人,以便辩护人在法定期限内审查有关文件和录音,如果要删剪录音和笔录,则律师不仅有权参加且应当提前至少 24 小时得到通知。

五 个人自由与控制犯罪之间:英法德荷意技术侦查的走向

通过上述比较,我们可以看到,以英法德荷意为代表的欧洲国家对于技术侦查的程序控制,既有着诸多的共性,又有着差别。这背后是各国在个人自由与控制犯罪之间的抉择。就如德国学者魏根特教授所言:“无论如何,应该说,秘密侦查方法的广泛使用造成了显著的、迄今在法律上还没有克服的、国家的澄清(犯罪行为嫌疑)利益和保护个人尊严、私人领域和个人交往的个体根本利益之间的紧张关系。”^[58]技术侦查作为一种控制犯罪的利器,又因其极易侵犯到公民的权利而需加以警惕,然而要找到一个平衡点并不容易。就如马库斯法官所说:“在执法的正当需求与个人隐私之间找到适当的平衡点变得越来越困难。”^[59]

这种抉择的过程,首先与一个国家的法律传统有着直接的关系。以技术侦查是否采用司法令状为例,采行司法令状首先就需要有合适的从事技术侦查司法审查的人员。如英国缺乏大陆法系预审法官和检察官的传统,便选择了行政审查的模式。再加上,英国的宪政传统对于司法独立有着极高的推崇,在法官独立审判的理念下,由法官来决定技术侦查,被认为可能因混淆审判职能与侦查职能而削弱法官在审判中的独立性。英国作为传统的普通法国家,对于个人自由保护一直是其基本的理念,而在当下有组织犯罪、恐怖犯罪等极端犯罪问题凸显、犯罪率居高不下的现实情况下,英国的刑事司法改革表现出更倾向于加强控制犯罪,扩展技术侦查的适用范围,且并不愿意对技术侦查做过多的具体限制。相比之下,法德等大陆法系国家,传统上比较倾向于打击犯罪,在近年的刑事司法改革中则表现出强化对个人权利保障的倾向,如技术侦查引入司法审查模式并确立细致的规则。

一项制度本身是否优越,从纸面上很难做出判断。就好比一般认为司法令状更加有利于保护公民的权利。但学者的统计数据却显示,司法令状在执法实践中的作用是有限的。在德国,法官对执法人员提出的电话监听驳回率仅为 0.4%,而且大多数法官的批准令状都是重复执法人员令状申请书中的理由,90%的案件中法官完全同意侦查机关的申请要求,且 70%左右的令状申请在一天内就得到了法官的批准。相比较而言,没有实行司法令状的英国,每万人的监听使用率为 6,而德国的同样比例为 15。^[60]也就是说,德国的监听使用率远

[57] 如果可能因上述储存而对侦查工作产生严重影响,法官可以批准公诉人将储存推迟到初期侦查结束之时。

[58] [德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序的改革:趋势和冲突领域》,樊文译,第 239 页。

[59] [美]马丁·马库斯:《监控的正当程序》,赵琳琳译,载陈光中等主编《比较与借鉴:从各国经验看中国刑事诉讼法改革路径》,第 301 页。

[60] Hans-joerg Albrecht, *Covert Criminal Investigations: Research on Implementation and Results of New Investigative Techniques*. 转引自程雷:《秘密侦查比较研究》,第 518-520 页。

高于英国。“经过法院的解释,德国程序法总体上对通讯秘密提供了极其有限的保护。似乎运用嫌疑人自己的言词对其定罪的诱惑如此强烈,以致超过了对更重要的隐私权利的关注。”^[61]从中我们可以看到德国职权主义的传统和控制犯罪的倾向。也正是因为这种强大的传统,德国试图通过引入技术侦查的司法审查制度,来提升对公民个人权利的保障,并且已经取得了一定成效。如2003年德国政府试图取缔极右翼国家民主党,但由于警方大量使用技术手段和秘密侦查,用渗透入该党的线人作证,而被德国宪法法院驳回。^[62]

需要注意的是,外在压力特别是欧洲人权法院的作用,对于欧洲各国的技术侦查制度产生了直接影响,并使得一些具体的做法体现出趋同之势。尤其是《欧洲人权公约》第8条及其在相关判例中的运用。该条规定:(1)人人享有其私人和家庭生活、住所和通信受到尊重的权利。(2)公权机构不得干涉上述权利的行使,但是依照法律及在民主社会中为了国家安全、公共安全或国家的经济福利的利益,为了预防混乱或犯罪、为了保护民众健康或道德风尚、或是为了保护他人的权利与自由的必要而进行干预者,不在此限。近年来,欧洲人权法院通过一系列的判例来捍卫上述规定,不止一次地“敲打”各国,形成一种外在的压力,从而影响到了欧洲各国的技术侦查立法与司法实践。如在 *Halford v. United Kingdom* 一案中,^[63]英国政府认为,对嫌疑人的工作电话进行监听,并没有侵犯到其隐私权。但欧洲人权法院最终认定:从商业处所打出的电话与家庭中的电邮一样应被欧洲人权公约所规定的“私生活”和“通信”的概念所保护,从而迫使英国更加严格地保障隐私权。又如 *MM v. The Netherlands* 一案中,^[64]侦查部门被认为不能通过使用私人代理机构来规避欧洲人权公约的要求。在这个案子中,警察鼓励原告录下了与嫌疑人的电话交谈。^[65]该案最终迫使荷兰修改了相关法律。

六 余 论

亚里士多德认为:“人生最好的生活方式和最佳境界是行于中庸(Middle Course),而法律恰恰是达此目的的最好的制度。法律是理性,是一种中庸、一种组织、一种秩序。”^[66]也正因此,许多法律问题的核心都是:如何在公共利益和个人权利之间实现公正的平衡。

对于技术侦查的程序性控制问题,首先需要思考的是审批机制。按照现行规定,我国采行政审批模式,即“需要采取技术侦查措施的,应当制作呈请采取技术侦查措施报告书,报设区的市一级以上公安机关负责人批准。”^[67]《人民检察院刑事诉讼规则》则仅模糊地规定对重大贪污、贿赂犯罪案件可以采用技术侦查,需要“经过严格的批准手续”。上述笼统的规定,显然不足以防止行政权与技术侦查的滥用。考虑到我国的司法传统和现有机构设置

[61] [德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,第127页。

[62] Jacqueline E. Ross, *The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany*.

[63] *Halford v. United Kingdom*, 24 E. H. R. R. 523 (1997).

[64] *MM v. The Netherlands*, 39 E. H. R. R. 19 (2004).

[65] N. W. Taylor, *Evidence: admissibility-neighbour setting up video camera to record defendant's activities*, *Crim. L. R.*, pp. 540-544 (2006).

[66] 转引自张彩凤:《英国法治研究》,中国人民公安大学出版社2001年版,第4页。

[67] 参见《公安机关办理刑事案件程序规定》第256条。

置,可以考虑借鉴荷兰的模式,改采检察机关审查模式,以便在政府权力和公民权利之间划出界限,通过控制国家行政权的行使,实现对公民个人权利的有效保护。

对于技术侦查的适用对象,应采用明确列举罪名的形式,以限缩适用范围。对于有组织犯罪、恐怖犯罪可单列规则以便应对严峻的犯罪形势。而对于普通刑事犯罪,特别是经济犯罪、职务犯罪应严格限制适用,警惕技术侦查被滥用于经济、政治领域。

对于技术侦查的适用原则,应引入比例原则和必要性原则,遵行该国际通行的做法有利于限制技术侦查的适用。对于技术侦查实施的具体程序,我国现行规定主要是:批准采取技术侦查措施的决定自签发之日起 3 个月以内有效。批准延长期限,每次不得超过 3 个月;采取技术侦查措施收集的与案件无关的材料,必须及时销毁,并制作销毁记录。^[68] 尚需通过更为细致且可操作的具体规则来限制技术侦查及相关证据的采用。可借鉴德法荷意的做法,在记录保存与销毁、告知程序等方面做出更为细致的规定。

[Abstract] Represented by UK, France, Germany, Holland and Italy, the technical investigation in Europe has experienced gradual evolution and finally formed the similar and distinguishing characteristic procedural control mechanism. The adjudications of European Court of Human Rights had a significant influence on the above countries. Concerning decision-making process of technical investigation, the five countries each has its own characteristics, and the choice of judicial review, quasi-judicial review and administrative examination patterns are on the basis of the features of their own domestic criminal justice. There is a changing process of application of technical investigation from legislation control to limited extension, and from traditional secret surveillance to expansion into the emerging fields, such as the extreme crimes including organized crime, terrorism crime and so on. The basic rules of technical investigation are proportionality principle and necessity principle, which could present the characters of European public law. Through the implementation of specific procedures to regulate the application of technical investigation, and the abuses of technical investigation could be avoided in operational level. Comparative study would be helpful to the legalization of technical investigation in China.

(责任编辑:王雪梅)

[68] 参见我国 2012 年新《刑事诉讼法》第 149 条、第 150 条的规定。