



监听制度研究

——在犯罪控制与人权保障之间

RESEARCH ON THE SYSTEM OF INTERCEPTION

Between the Crime Controlling and Human Rights Protection

李明 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

监听制度研究

——在犯罪控制与人权保障之间

RESEARCH ON THE SYSTEM OF INTERCEPTION
Between the Crime Controlling and Human Rights Protection

李明 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

监听制度研究:在犯罪控制与人权保障之间 / 李明著.
—北京:法律出版社,2008.7
ISBN 978 - 7 - 5036 - 8449 - 4

I. 监… II. 李… III. 监听设备—应用—刑事侦察—研究 IV. D918.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 073258 号

© 法律出版社·中国

监听制度研究——在犯罪控制与人权保障之间

李明 著

责任编辑 孙东育 田会文

张春喜

装帧设计 乔智伟

开本 A5

版本 2008 年 7 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 10.625 字数 276 千

印次 2008 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/http://www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8449 - 4

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

“人权研究博士文库”是由广州大学人权研究中心主持编辑出版的。这个中心成立于2004年7月,是直属于广州大学、专司人权研究的科研机构。2007年,经广东省教育厅批准,该中心成为广东省高校人文社会科学重点研究基地,这在全国尚属首例,这也充分体现了党和国家对人权理论研究的重视。编辑出版这套丛书,是该研究中心的诸多任务与成果之一。

“人权研究博士文库”就其命名,有两个关键词:人权研究与博士文库。前者是其内容,后者为其形式。

改革开放30年的实践表明,人权观念已经获得了广泛认同和传播。2004年“国家尊重和保障人权”的重要短语载入宪法。这是历史的进步,是中国人权事业发展的重要标志。今天,全社会都在贯彻以人为本的科学发展观,国家更迫切需要年轻一代中国学者在人权理论学科建设和研究方面做出重要贡献。青出于蓝,人们喜见老一辈学者为人权研究开辟的道路,现今已有许多青年学者接踵而

至。其中有些博士论文也以人权为主题,做出了颇有理论深度和现实意义的研究成果。我们编辑出版“人权研究博士文库”,就是期望后起之秀能有发表和传播其学术见解的机会,有为我国人权研究事业施展才华和抱负的平台。

近年对人权理论的研究方兴未艾,出版了一些研究人权的专著和人权法学教材,有些高校还建立了人权研究中心,开设了人权法学课程,人权已开始成为一门“显学”。抚今追昔,令人欣慰。值得指出的是,当代中国人权理论研究紧密结合中国社会发展实践,关注社会基层住房、医疗、教育、就业、司法公正等领域中存在的理论与制度障碍等方面的问题,开始进行颇有深度的专题探索和思想掘进。同时,它们也从理论上对中国人权建设事业的成就和经验进行了充分的阐述。收入本文库的首批博士论文的选题,就多有这种特点。

我们希望今后会有更多更好的人权专著出版,使我国人权理论和人权保障事业能迈上政治文明建设的新台阶。我们也相信年轻一代的学者们能够开拓视野、坚持解放思想,为我国人权事业的发展做出应有的贡献。

李步云 郭道晖

2008年8月

自序

监听制度,最初是作为博士论文的选题加以关注的,选题之初曾经因为资料的稀少而深感写作的困难。而最近两年越来越多的学者对监听制度予以关注,人们对其研究的兴趣越来越大,许多新的资料梳理出来,新的观点阐发出来,监听制度俨然成为当前诉讼法学界研究的热点问题。本书的写作,可谓“躬逢其盛”。记得当初选此题作为博士论文时,“大词法学”风格下选题依旧盛行,研究监听制度似乎是从小角度切入,许多同学包括自己也担心该选题能否形成一篇博士论文,导师龙宗智先生提出“题目不在大小,关键是要说深说透,把问题说明白”,坚定了笔者的研究信心。笔者不敢期许已经“把问题说明白”了,但希望笔者的看法能给当前的研究增加一些新的说法,此诚足矣。下面从本书研究的主要内容、面临的困难和研究未尽之处三个方面向读者做一说明,以为序。

本书主要研究了监听制度所涉及的一系列问题。首先就是监听的性质问题,如果监听属于任意措施,侦查机关就有权任意监听,如果属于强制措

施则应受到严格控制。监听干预公民最为重要的权利就是隐私权,虽然隐私权在我国宪法甚至民法中都没有明确予以规定,但作为公民一项重要的基本权利它一直都是存在的。而监听直接侵犯了公民的隐私权,因此应属于强制措施。为此,还特别研究了监听在运用中与不得强迫自证其罪原则以及与拒证特权规则的关系,以对监听性质有进一步的认识。作为一项具体制度的研究免不了对国外制度的介绍,笔者没有对国外的相关规定加以简单的堆砌,而是从中概括出三种模式加以分析,即犯罪控制模式、人权保障模式和权利平衡模式,以使研究类型化。研究监听适用遵循的基本原则时,从两个层面予以分析这些原则,一是强制措施通用的原则,一是监听所特有的原则,通过分类对监听原则的研究就更有针对性。对监听的运用有着重要影响作用的是监听资料的证据能力问题,监听录音资料如果无证据能力,监听只能提供侦查线索,其作用止于侦查阶段;如果有证据能力,则监听可以在审判阶段发挥作用。笔者在对各国的监听录音资料进行了比较分析的基础上,分析了我国监听录音资料是否应当具有证据能力的问题。同时,笔者还对监听的几种特殊情形进行了研究,主要包括网络监控、一方当事人同意的监听以及私人监听,这几种监听与一般的监听有所不同,有其自身的特点。最后,按“对策法学”的惯例,笔者对我国监听制度的构建提出了立法建议。

对监听制度进行研究,最大的困扰就是对我国监听实践中的情况难以掌握,无论是宏观的监听运用情况,还是个案操作所存在出的问题,都难以深入了解,监听的实践保持一种高度的神秘化。即使是监听录音偶尔作为证据在法庭上使用也是“犹抱琵琶半遮面”,法庭上鲜见对监听录音进行质证的场面。没有公开的数据可以了解,也没有权威的渠道可以沟通,对监听的研究似乎是在脱离中国实际的情况下进行的研究,很有点自说自话的味道。没有司法实践作为研究对象,就很难从实践中产生“问题意识”,对相关问题的研究于我国实践而言都可能是一个“伪问题”,使得相关研究有一种无法落地的感觉。当然,从另一个角度来看,

这种没有问题的现状本身就是一个很值得研究的问题,这也是笔者能够对监听制度一直坚持研究下去的理由。

本书的遗憾,还有一些问题与监听相关,但没有进行透彻的研究。如监听作为一种主动侦查手段,经常进行预防性侦查,预防性侦查会涉及哪些问题,法律如何规制;网络监控作为一种新型的侦查手段,还要在哪些方面受到限制,我国现行网络监控存在哪些问题,如何解决;公共场所的监控也越来越多,又该如何在公众利益与公民个人的权利之间进行平衡等,对于这些问题都还有待进一步研究。考虑到这些监控手段已不限于单一的监听,而是一种综合性手段,似乎超出了本论文的“研究域”,于是没有进行更为深入的研究,也是一种遗憾。

限于水平和资料,书中的观点和引证如有不当或错误之处,敬请读者批评指正。

李明
2008年4月
于广州白云山麓

目 录

引论/1

一、研究目的/2

二、研究内容及结构/3

三、监听制度研究的意义/6

第一章 序论/9

第一节 监听的基本问题/9

一、监听的概念及特点/10

二、监听的方法及分类 /13

三、监听技术的发展/17

第二节 监听性质辨析/22

一、任意侦查措施还是强制侦查措施/22

二、监听是否等同于搜查扣押/27

三、监听是否属于技术侦查措施/30

第三节 监听与两个基本原则的关系/32

一、监听与不得强迫自证其罪原则的关系/32

二、监听与拒证特权的关系/41

2 监听制度研究

第二章 监听制度的产生和发展/51

第一节 监听制度的产生和发展/51

- 一、监听制度产生的历史背景/52
- 二、监听制度在美国的产生和发展/60
- 三、监听制度在其他国家的产生和发展/91
- 四、国际法意义上的监听制度/100

第二节 监听制度的比较法考察/103

- 一、人权保障模式/103
- 二、犯罪控制模式/107
- 三、权利平衡模式/109

第三节 监听制度的发展趋势/113

- 一、监听制度普遍法制化/113
- 二、监听范围逐步扩大/114
- 三、监听制度进一步分化/115

第三章 监听制度的内在冲突/116

第一节 监听的正当性/116

- 一、监听运用的实践必要性/117
- 二、监听的法理正当性/122

第二节 监听的危险性/125

- 一、监听容易成为政治斗争工具/125
- 二、监听侵犯公民基本权利/129
- 三、监听破坏正常的社会生活秩序/135
- 四、监听引起司法伦理困境/137

第三节 监听法制化的必要性/139

- 一、法治国家的基本要求/140
- 二、保障公民人权的必然要求/142
- 三、程序正义的要求,有利于提高侦查犯罪效率/143

第四章 监听制度的基本内容/145

第一节 监听的基本原则/145

一、强制措施共有原则/145

二、监听特有原则/154

三、作为原则的例外/166

第二节 监听程序考察/168

一、监听的适用条件与适用对象/168

二、监听的应用程序/174

三、监听的监督程序/179

四、非法监听的责任/181

第五章 监听资料的证据能力考察/185

第一节 非法监听的界定/186

第二节 非法监听资料证据能力的比较法考察/189

一、美国非法监听资料的证据能力/189

二、德国非法监听资料的证据能力/197

三、日本非法监听资料的证据能力/202

四、其他国家的相关规定/203

第三节 监听几种特殊情况的合法性界定/207

一、偶然监听/207

二、事前监听/217

三、他案监听/221

四、住宅监听/222

五、追踪发话源/224

第六章 几种特殊类型的监听研究/227

第一节 网络监控/227

一、网络监控的基本概念/228

二、网络监控的立法趋势及实践/231

三、网络监控的特殊规则/238

第二节 同意监听/241

4 监听制度研究

一、同意监听的内在冲突/242

二、同意监听问题解决方式之比较研究/244

三、同意监听合法性的基本理念/248

四、同意监听内在冲突之解决/250

第三节 私人监听/255

一、私人监听的概念及分类/255

二、私人监听制度之比较研究/256

三、我国应确立私人监听制度/260

第四节 对危害国家安全犯罪的监听/267

第七章 关于我国监听的立法建议/273

第一节 我国监听立法及实施状况/273

一、我国监听的立法状况/273

二、目前司法实践中的现状/274

三、当前我国监听手段使用的个案分析/278

第二节 我国监听立法的必要性/290

一、打击犯罪的需要/290

二、人权保障的要求/291

三、侦查程序法治化的要求/293

四、监听制度发展的必然趋势/294

第三节 我国监听立法的可行性/294

一、监听立法的现实条件/294

二、监听立法存在的障碍/298

第四节 我国监听制度的立法选择/301

一、监听的立法体例/302

二、监听适用的范围/303

三、监听适用的实质性条件/304

四、监听适用的程序/306

五、监听资料的使用及处理/308

六、不当监听的救济/309

七、报告制度 /309

第五节 对我国非法监听资料证据能力问题的思考/310

一、我国应建立非法监听资料排除规则/310

二、对我国非法监听资料证据能力的建议/313

附录 监听条文试拟稿/315

参考文献/319

后记/328

引 论

文明的进步,科技的发展,不仅增强了人与自然的互动,也促进了人与人之间的沟通和交流。当我们在享受科技带来的种种便利之时,也为其无孔不入而烦恼。它的力量是如此的神奇,能以各种或公开、或秘密的手段全方位地探查人的内心,了解人们心灵深处的秘密和隐藏的思想。你的欢乐和你的悲伤,你的笑声和你的哭泣,都可能在他人的注视之下,一举一动都可能被他人丝毫不差地予以记录甚至传播;于是,你没有了隐私,你的世界已经不属于你自己了,而这一切都拜科技所赐。美国电影《国家公敌》以其先进的高科技精彩地展现了一个人可能会生活在什么样的场景之下,当你全身每件衣物上都安装了窃听器、追踪器之类的高科技产品时,你已无处可逃,“不要抬头”虽然只是对你的一个小声警告,然而你已经完全在别人的掌控之中了,此时,你要完全逃脱科技的困扰,唯一的选择就是脱光衣服。也许你会追问,我究竟生活在一个什么样的世界里?我们似乎又回到了茹毛饮血的蛮荒时代,因为你没有任何隐私,你的一切都

可能在众人面前裸露,包括你的思想和你的身体。而这一切都不是“真实的谎言”和好莱坞带给你的视觉冲击,这是真实世界中并不夸张的演绎,当然,它更是现实对人性的压迫。文明该如何演绎,我们用什么来抵挡技术对人性尊严的侵犯?

监听是技术侵犯人性尊严的一种典型手段,在现代高科技的武装下,它不但使强大的国家更强大,使弱小的个人也显得神通广大。这个一度只是用于国家安全、军事斗争等特殊领域中的秘密手段,如今被政府、个人运用到极致,从用于打击犯罪、保障国家安全到用于经济纠纷、家庭问题的解决,从高科技的象征到“走鬼”摊上的廉价兜售,可谓“飞入寻常百姓家”。监听是一柄“双刃剑”,当它用于打击犯罪,涤荡罪恶之时,它是正义的化身,而当它被用于窥探隐私,满足他人变态的好奇心之时,它就变成了一只“肮脏的耳朵”。如何使监听用于正途而免于不端,特别是当国家以合法的名义广泛行使秘密侦查手段之时,如何对其进行有效的规制,抑制其不当使用,是依靠蕴藏人性之善的道德自律,还是寄希望于折射理性之光的制度约束,这或许并不是一个简单的非此即彼的问题,然而这又是一个法治社会必须面对的且必须解决的问题。正是在试图回答这个问题的冲动下,笔者展开了本书的写作。

一、研究目的

本书的研究有以下几个方面的目的:

其一是从理论上论证监听是否应当法制化。目前,世界上一些主要的法治国家对监听均已立法,无论是大陆法系的国家,还是英美法系的国家,如英国、美国、法国和德国等国家,都把监听作为侦查手段的一种纳入法律规制的范围。我国虽然在司法实践中对监听手段的运用并不鲜见,但相关立法仍然欠缺。因此,分析监听的利弊以及我国的相关法制的现状,从理论上回答我国监听是否应当法制化对我国而言依然具有现实意义。

其二是对监听制度的基本内容进行研究。监听制度虽然在我国还

没有建立,但在一些法治国家已相当成熟,通过对这些国家监听制度的学习借鉴,研究监听制度的基本原则、基本程序以及监听资料的证据能力等诸方面的问题,可以搞清监听制度的基本内容。同时,监听制度又是一项应用性很强的制度,在实践中会出现各种复杂情况,本书对监听在实践中出现的各种情况也进行了研究,以为我国司法实践中可能出现的一些有关监听问题的解决提供思路。

其三是对我国监听制度的构建提出建议。监听立法在我国基本上是一个空白,因此监听如何法制化,在我国是一个重要的问题。每个国家的监听立法都是根据其自身的民主政治体制、法律传统和社会意识的实际情况来制定的,因此,各国的监听立法,其表现各有差异。笔者在对监听基本内容研究的基础上,提出自己的立法建议,为我国的监听立法提供参考。

二、研究内容及结构

监听从传统意义上而言,主要是指侦查机关对电话实施的监听。但由于科技的发展,监听的方式不断变化,由传统的电话监听扩展为网络监控、电子监听等多种监听方式,由于这些监听方式在一定程度上具有同质性,因此本文的研究范围涵盖了这些新型的监听方式。同时,监听虽然更多的是指侦查机关作为侦查手段使用,当事人私自监听的情况较少,但并非不重要,基于此种考虑,笔者把私人监听、一方当事人同意监听与网络监听一起作为特殊的监听类型加以研究。

本书分为七章来写,基本的篇章结构如下:

第一章序论主要是对本书的一些基本问题进行界定和分析。首先是厘清监听的概念。监听在多种意义上使用,对其界定是本书展开研究的前提,通过界定其内涵并对监听的方法和分类进行探讨,明确本书的研究范围。然后对监听的性质进行辨析,监听是强制侦查措施还是任意侦查措施,与其他侦查措施有何不同,是否是技术侦查手段,通过对这些疑问的解答可以认为监听应当是一种独立的强制措施手段。随着科技

的发展,监听技术也日新月异,对监听技术发展的了解有助于进一步地了解监听行为、监听性质和监听后果。然后对监听与不得强迫自证其罪原则与拒证特权规则的关系进行了辩证思考。

第二章监听制度的产生和发展,主要是想通过这一章的研究理清监听制度的发展脉络。一是研究监听制度产生和发展的历史进程,在这一部分中考察监听制度是在什么样的历史背景下产生的,即考证其历史源起;具体考证美国监听制度产生和发展情况,美国的监听制度在世界上产生最早,其监听制度也最为完善,因此对其考证有利于了解整个监听制度的发展;同时对其他国家如英国、德国、日本等国的监听制度的产生和发展作一考证,以全面了解世界各国监听制度的发展趋势;明确国际社会对监听制度的基本态度,以及有关国际法中对监听制度的规定,从而全面了解监听制度产生的历史及国际法中的现状。二是对目前各国的监听制度作一比较分析,笔者将各国的监听制度分为三种模式,即犯罪控制模式、人权保障模式和权利平衡模式,并对这三种模式的特点进行了分析。三是进一步分析监听制度的发展趋势,认为监听制度的发展存在三个方面的趋势,即监听制度普遍法制化、监听范围逐步扩大和监听制度进一步分化三个趋势。

第三章分析监听制度本身所存在的内在冲突。这种冲突表现在监听作为侦查手段使用同时具有合理性和危险性,对其合理性主要从实践合理性和法理正当性两方面加以分析,而危险性则从公民的基本权利受到威胁的角度展开。然后从法治国家的基本要求、打击犯罪保障人权的角以及程序正义的要求三个方面论证监听法制化的必要性。

第四章主要研究监听制度的基本内容。监听制度的基本内容包括监听的基本原则和监听应当遵循的法定程序。监听适用的基本原则既有所有强制措施共同适用的原则,也有监听所特有的原则,当然监听遵循这些原则的同时也存在例外。监听适用的基本程序包括监听的适用条件和适用对象,以及监听的应用程序、监督程序和非法监听的责任。