当代人文经典书库

侦查中的网络通讯监听法制化研究

ZHENCHA ZHONG DE WANGLUO TONGXUN JIANTING FAZHIHUA YANJIU

欧阳爱辉◎著

中国社会出版社
国家一级出版社 全国百佳图书出版单位

当代人文经典书库

侦查中的网络通讯监听法制化研究

ZHENCHA ZHONG DE WANGLUO TONGXUN JIANTING FAZHIHUA YANJIU

欧阳爱辉◎著

中国社会出版社
国家一级出版社 全国百佳图书出版单位

图书在版编目（CIP）数据

侦查中的网络通讯监听法制化研究 / 欧阳爱辉著. --北京：中国社会出版社，2017.2

ISBN 978-7-5087-5600-4

Ⅰ.①侦… Ⅱ.①欧… Ⅲ.①监听设备—应用—刑事侦查—研究 Ⅳ.①D918.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2017）第 026958 号

书　　名：侦查中的网络通讯监听法制化研究

著　　者：欧阳爱辉

出 版 人：浦善新

终 审 人：李　浩

责任编辑：姜婷婷　陈贵红　　**责任校对**：朱文静

出版发行：中国社会出版社　　**邮政编码**：100032

通联方法：北京市西城区二龙路甲 33 号

电　　话：编辑部：（010）58124828

邮购部：（010）58124848

销售部：（010）58124845

传　真：（010）58124856

网　　址：www.shcbs.com.cm

shcbs.mca.gov.cn

经　　销：各地新华书店

中国社会出版社天猫旗舰店

印刷装订：北京天正元印务有限公司

开　　本：170mm×240mm　1/16

印　　张：15.5

字　　数：230 千字

版　　次：2017 年 2 月第 1 版

印　　次：2017 年 2 月第 1 次印刷

定　　价：68.00 元

中国社会出版社微信公众号

作者简介

欧阳爱辉　男，1979年11月出生，汉族，湖南宁远人，法学博士，湖南省高校青年骨干教师。现为南华大学文法学院法学副教授，硕士生导师，应用法学研究所副所长，湘潭大学通程刑事法律研究中心研究员，湖南省法学研究生教育委员会委员，衡阳市法学会副秘书长。主要从事刑事法学研究，在各类公开刊物发表论文近150篇，出版个人专著1部，参撰专著3部、教材2部，主持、参与各级别科研课题30多项，获省市各种奖励20多次。

教育部人文社会科学研究青年基金项目“侦查中的网络通讯监听法制化研究”资助（11YJC820087）

衡阳市优秀社会科学著作出版资助项目

本书由南华大学资助出版

前　言

网络通讯监听作为国家侦查机关利用网络技术措施对相关人员互联网通讯数据信息进行截取的侦查手段之总称，在信息社会已经成了查明案件真相、打击高危犯罪的重要手段。但和侦查实践运用相比，全面系统的网络通讯监听法制化理论研究迄今在国内外尚属争论不断的法学前沿话题。而若其是否需法制化及如何真正实现法制化之问题无法得到较妥善解决，这又势必将严重阻碍它在信息社会的进一步深入应用。故此，借助文献分析、跨学科科际整合等研究方法，从理论演绎、实证分析、对策建构三层面逐次推进，就侦查中的网络通讯监听法制化展开绵密细致的较详尽思索，无疑能对我国日后相关立法、司法及技术侦查等实践工作给予一定借鉴参照。

全书共分六章。第一章为绪论，即引文部分。本章主要通过对问题的提出、当前国内外研究现状、研究思路、研究方法、创新点和全书主要架构进行粗线条勾勒，发挥总领全纲作用，一目了然地揭示出全书整体脉络走势。

第二章为侦查中的网络通讯监听概说。本章先就网络通讯监听概念自身展开考察，然后条分缕析逐次借用文献分析、实证研究、比较分析等研究方法对侦查中网络通讯监听的基本特征、类型、基本性质、与传统通讯监听的关系进行分析。认为其基本特征包括监听主体的普遍性、监听对象的非确定性和监听范围的广泛性；主要类型包括即时单独网络通讯监听、即时多人网络通讯监听和非即时网络通讯监听三种；基本性质包括技术性和强制性；与传统通讯监听相比，二者既有同质性，亦存明显异质性。

第三章为侦查中的网络通讯监听法制化基础。本章主要凭借跨学科科际整合、实证分析等研究方法就侦查中网络通讯监听法制化的具体基础从现实基础与

理论基础两方面展开全方位详细考证。在现实基础方面，网络通讯监听既存在巨大正面价值，同时又存在不容小觑的负面价值，通过法制化就能找到正当性与危险性平衡点，实现兴利去弊；在理论基础方面，侦查中的网络通讯监听法制化于宪法理论、程序正义理论和司法伦理理论三环节获得了雄厚的理论支持。

第四章为国外侦查中的网络通讯监听法制化之比较考察。本章首先通过历史推演等研究方法对国外侦查中网络通讯监听法制化的产生与发展进行思考，然后详尽阐述列国（美、英、德、俄罗斯、日本、加拿大等）当前相关法律制度具体内容和实践运作，最后借助比较分析等研究方法对国外网络通讯监听法制化情况进行比较评价并探讨其未来走势。

第五章为我国侦查中的网络通讯监听现状及存在的主要困惑。本章主要依靠实证分析方法，对当下我国侦查中的网络通讯监听现状在相关法律制度和实践运作两大层面上展开具体情况分析评判。发现当前我国大量相关网络通讯监听缺乏法律依据，长期处于无法可依的灰色地带；众多相关监听行为和侦查机关网络监控、普通网络信息获取、网络舆情监测等活动存在混淆；云计算条件和大数据语境的出现又加剧了侦查中的网络通讯监听趋向复杂化。认为其之所以产生诸多困惑难按法律制度实施有效规范的根本原因在观念、技术和法律三层面。

第六章为我国侦查中的网络通讯监听法制化具体建构设计。利用实证与假设相结合等研究方法，首先设定了我国侦查中网络通讯监听法制化的实现目标和基本框架，然后围绕该目标与框架从立法、司法、守法和其他相关层面出发展开具体方略设计。其中立法涵盖宏观宪法环节和微观专门化法律环节两部分；司法上要求设立专门性司法审查机关并明确非法网络通讯监听的具体法律责任；守法上树立起正确的信息社会侦查情报观、推进健康的侦查文化建设并不断提高普通受众的法律认同度；其他相关层面保障举措上于技术创新层面重点突出高新技术在网络通讯监听中的科学运用、多维监督层面创设全社会范畴的多维监督约束体系、国际合作层面促成各国互联网相关合作。

目　录
CONTENTS

第一章

绪　论

一、问题的提出

网络通讯监听作为一种在高科技信息社会中产生的新兴监听方式，它主要泛指凭借各类特殊软件工具对人们在网络空间内进行交流的通讯数据信息予以截取之行为。众所周知，伴随信息时代的扑面而来，网络通讯业已逐渐发展成人们工作生活中不可或缺的通讯手段。不过正如硬币有着正反两面一样，在高科技语境下，许多犯罪分子也纷纷开始利用网络通讯作为联络工具从事犯罪活动，这其中除了网络色情传播、网络传销、网络赌博等普通网络犯罪外，甚至不乏大量强烈危害国家安全的高危犯罪行为。譬如 2001 年美国“9·11”恐怖袭击发生前，以本·拉登为首的恐怖分子就曾借助电子邮件传递其具体行动方案；2008 年我国西藏骚乱事件和 2009 年新疆发生的“7·5”打砸抢烧严重暴力犯罪事件也是由犯罪分子事先利用 BBS 等网络通讯手段策动完成。①

有鉴于此，为了能够更行之有效地打击那些高科技时代具有严重社会危害性的犯罪行为，我们理当在侦查活动中强调积极开展对各类网络通讯的监听。然而，监听毕竟乃一种技术侵蚀人性尊严的典型强制侦查措施，尤其当国家以合法名义大肆实施技术侦查打击犯罪时，往往更容易侵害到普通民众的隐私权、通讯自由权等宪法所赋予之基本人权。更何况网络通讯监听与传统监听还存在着较大差异，“互联网络能够使各种与侦查有关的信息得到高效的管理和运用，从而最

① 参见曹志恒、毛咏、王大霖：《新疆“7·5”打砸抢烧严重暴力犯罪事件目击记》，载 http://news.sohu.com/20090707/n265028456.shtml，2013 年 10 月 8 日访问。

充分解放人力、物力，提高效率……但是其保密性却比传统文件资料大为降低，要侵入其个人数据，获得个人信息也比以往的任何方式容易得多……”①兼之中国长期以来又是一个重公权轻私权的政治全能社会，传统子民—臣民型政治文化意识极其浓厚，迄今甚至连传统监听侦查的法律制度都尚付阙如，更遑论对网络通讯监听这种新兴侦查手段的明确规范了。如此这般，我国相关侦查机关开展网络通讯监听活动所造成的负面影响自然就愈发严重。

故而，本书选题便相对具备一定理论开拓性和较大现实意义。通过对侦查中的网络通讯监听法制化进行系统研究，一方面能够在理论上推动侦查学、刑事诉讼法学、科技法学、行政法学、法理学和计算机信息科学等多学科相关领域学术探讨，促进技术侦查相关理论向深层次探索，为有效打击犯罪并切实保障人权提供典型分析样本和知识产出，充分发现和认识侦查中的网络通讯监听运作之科学规律；另一方面还可在实践上对我国未来相应立法和司法等实践提供重要理论支撑和用于选择的法制化实现路径，既有助于遏制各类利用网络通讯作为联络工具的犯罪活动，维护社会稳定，又可帮助找到此类监听中控制犯罪和保障人权之平衡点，防止侦查机关权力过分膨胀假借控制犯罪之名大行侵害人权之实，舒缓国家公权力和公民私权利在此方面的紧张关系，对构建和谐社会、实现法治中国具有重大现实意义。

二、当前国内外研究现状

在国外对于侦查中的网络通讯监听，大多数西方发达国家均认为将极大侵害人性尊严，故和传统监听一样同属强制侦查，除部分特殊情况外，都必须坚决贯彻令状原则，即以法定机关事先签发令状或事后核准确认（如事态危急或证据很可能发生灭失等紧急情况）为判断取得之证据是否具备合法性的根本标尺。互联网发源地——美国更在其现行《电子通讯隐私法》《爱国者法》和《外国情报监视法》中对若干侦查机关进行电子邮件等网络通讯监听的具体情形作出了明确规定；加拿大亦通过著名的 R.诉默瑞恩案等判例就网络通讯监听与寻常网络信息搜查之区别、某些具体网络环境是否存在隐私权等基本人权的司法难题一一进行了规

① 参见王文华：《互联网上侦查权与隐私权的冲突及其刑事政策——以加拿大为视角》，载《比较法研究》2003 年第 6 期，第 75 页。

定。英国、瑞典、德国、芬兰、日本及韩国等国在网络通讯监听方面也设置了一些具体法律规定。诸多法学者如理查德·波斯纳、Scalia、David. Hricik、Kerr、Deirdre K. Mulligan 等人纷纷从侦查学、刑事证据法学、人权保护等各方面对侦查中的网络通讯监听法制化相关问题展开了一系列卓有成效的探讨。不过因网络通讯监听属于一种新兴高科技监听方式,虚拟网络通讯同现实世界通讯有着较大差异,故迄今国外在相关监听法制化具体实践设置上仍比较滞后,理论研究中也很少系统化,远未就网络这一新技术监听载体所带来之诸多复杂法制化问题达成共识。

在我国,尽管侦查实践早已将网络通讯监听视作重要的信息时代案件侦破手段,但传统监听侦查的专门法律迄今都未出台,相关网络通讯监听的法制化便更是尚付阙如。在理论层面,国内学者虽有不少纷纷从自身学科分析视角、研究旨趣等方面出发对一些相关问题展开探讨,如张新宝著:《互联网上的侵权问题研究》(中国人民大学出版社 2003 年版)、宋英辉:《关于搜查、扣押电子资料的立法完善问题》(载孙长永主编:《现代侦查取证程序》,中国检察出版社 2005 年版)、刘远军:《"网络色情传播监控"与"隐私权侵犯"规避》(载《新闻界》2007 年第 1 期)、刘莹:《美国秘密侦查的强化措施——"9·11"后美国对窃听与电讯监视的变革》(载《吉林公安高等专科学校学报》2007 年第 5 期)、王耀承:《美国刑事侦查中的电子邮件监控制度研究——兼考美国隐私权保护状况的变迁》(中国政法大学 2008 年硕士学位论文)、李明:《监听制度研究——在犯罪控制与人权保障之间》(法律出版社 2008 年版)、李昕:《美国通讯监听立法的演进与发展》(载《江南社会学院学报》2009 年第 2 期)、廖明:《法治视野下的网络侦查陷阱研究》(载《山东警察学院学报》2009 年第 6 期)、梁坤:《论网络监控取证的法律规制》(载《中国刑事法杂志》2009 年第 10 期)、廖荣兴:《论网络通讯监听——以刑事诉讼为视角》(载《江西公安专科学校学报》2010 年第 5 期)、刘品新:《论网络时代侦查制度的创新》(载《暨南学报》2012 年第 11 期)、陈永生:《电子数据搜查、扣押的法律规制》(载《现代法学》2014 年第 5 期)和朱杰:《看山姆大叔如何玩转"全球监听"》(载《中国信息安全》2014 年第 6 期)等。

国内学者的成果为进一步展开深入研究无疑提供了丰富思想资料,不过总体上仍有诸多不足:首先,研究系统化有待提升。迄今国内研究大多仅局限于公民隐私权保护、国外相关立法及司法实践评介、令状制度具体运用和网络侦查方法等网络通讯监听法制化的某些具体方面,在现有资料范围内我国学界真正较完整

全面进行过此类探讨的仍相当鲜见。故整合度明显不够,欠缺系统性研究;其次,对侦查中的网络通讯监听具体内涵的思考有待扩展。网络通讯监听决非简单之查明案情工具手段,它的基本概念、类型、基本性质、与相似侦查或监控手段的比较等也应是我们需研究的关键议题;最后,对侦查中网络通讯监听法制化具体方略建构设计有待继续推进。要实现网络通讯监听的全面法律引导兴利除弊,需要一系列精密法律制度之设置。这并非单从某方面展开规划即可做到的,它亟须更深层次的思考。

总之,上述这一切均无不表明我国侦查中的网络通讯监听法制化实践尚属空白领域,学者们虽已从理论上开始关注此等问题,但研究还缺乏系统性全面性,研究深度亦远远不够。故在未来研究趋势上我们应立足于中国社会及法律生活经验性的观察基础之上,大力开展相关学术全面整体化探索工作,对适应我国信息社会侦查活动需要的网络通讯监听法律制度进行科学合理之规划建构,以期能够为日后中国有关立法及司法等实践活动提供有益帮助,顺利推动其真正实现法制化。

三、研究思路、研究方法和创新点

(一)研究思路

全书以侦查学、刑事诉讼法学为基本视域立足点,并将同时着眼于侦查学、刑事诉讼法学、科技法学、行政法学、法理学、计算机信息科学等多个视域理论交叉角度和国内外相关监听侦查实务,从理论演绎、实证分析、对策建构三个层面逐次推进(见图1)。首先在文献梳理基础上,科学界定侦查中的网络通讯监听(侦查中的网络通讯监听概念、基本特征、类别、性质、与传统监听之关系等),紧接着从这些核心概念出发推导其实现法制化的具体基础(包括现实基础与理论基础两方面),并着重考察比较国外相关网络通讯监听法制化具体情况。然后在实证调研基础上,深刻剖析我国侦查中的网络通讯监听现状及存在的主要问题。最终结合理论演绎与实证分析结论,针对现实具体问题就适合本土语境的网络通讯监听侦查法制化方略进行全面建构设计,以便在多维层面有效推动我国法治的日臻完善并促进相关学科理论研究不断深化,实现知识创新,满足构建和谐社会的迫切需要。

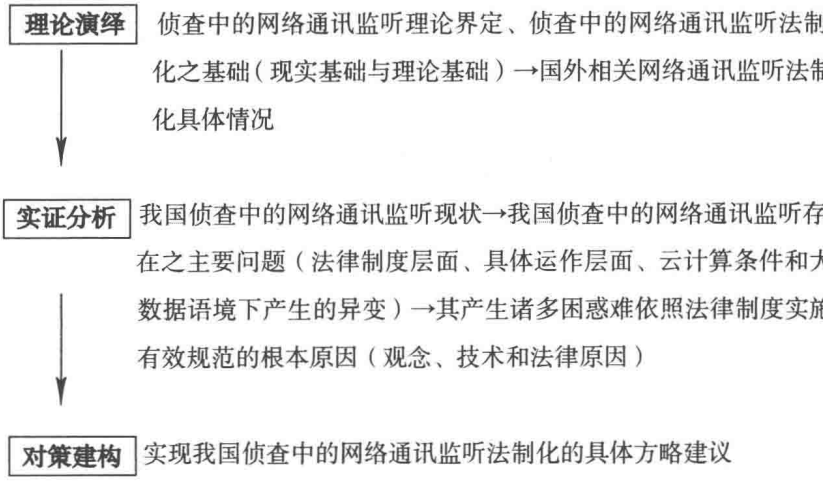

图1 研究思路基本走向

（二）研究方法

本书启用的研究方法主要包括四种：其一是文献分析的研究方法。通过最大化地占有各类中外文献资料，对侦查中的网络通讯监听法制化等相关文献进行梳理分析，覆盖理论思考和实证检验两个维度，辐射国内和国外两个视角。兼收并蓄，以便更好地全方位分析问题。

其二是科际整合分析的研究方法。现代科学的发展呈现出一种普遍的科际整合趋势，由于侦查中的网络通讯监听法制化本身并非一纯粹侦查学概念，它既和侦查学、刑事诉讼法学、科技法学等法学学科密切相关，又发轫于互联网这一计算机信息科学平台，故其实属侦查学、刑事诉讼法学、科技法学、行政法学、法理学和计算机信息科学等多学科交叉衍生之产物。我们若动用科际整合分析的研究方法，从宽大复合的多领域视野进行探讨，自然远较单从某一学科视界着手更加全面公允。

其三是比较分析的研究方法。尽管侦查中的网络通讯监听法制化之理论与实践目前在世界范围内都仅刚刚起步，但不少西方发达国家如美国和英国、德国、加拿大等仍有一些成功立法及司法实践，通过对其展开互相比较并充分结合当前我国国内现状进行深入对比分析，自然可海纳百川收到诸多有益借鉴效果，从而有力推动日后中国相关问题法制化之科学建构。

其四是实证性与假设性相结合的研究方法。由于法律乃实践应用性极强之人文社会科学，为了能更好地探讨侦查中的网络通讯监听这一高科技新兴侦查手

段的法制化，我们理当强调实证性与假设性分析方法相结合。一方面通过收集相关监听典型样本，在系统收集、整理、分析和深刻剖析案例实证基础上不断矫正理论，令有关法制化之方略建构更加契合司法实践；另一方面亦通过大胆假设的理论探讨、预测思辨方式，在实证基础上为网络通讯监听这类前所未有的新兴侦查手段进行较科学合理之法制化实现途径设计。

（三）创新点

本书主要创新点体现于三方面：其一是学术思想上有所突破。将侦查中的网络通讯监听与法制化、人权保障结合起来予以整体研究，以法制化具体措施规范侦查活动中的网络通讯监听应用来切实保障人权，以侦查活动中人权保障的有效实现为网络通讯监听手段充分合理运用创造法律条件。

其二是学术观点上有所独创。从网络通讯监听基本特征、类型、基本性质等环节整体界定“侦查中的网络通讯监听”，从立法层面、司法层面、守法层面、其他相关层面等各方面辩证把握“法制化”具体措施之深刻内涵。

其三是研究方法上有所革新。积极运用实证研究和跨学科科际整合研究方法，通过考察侦查活动内的网络通讯监听在法律制度和具体运作中之现状，探索云计算条件和大数据语境下它发生的新异变，深刻剖析其产生诸多困惑难依照法律制度实施有效规范的原因，最终以此为依据提出具备较强针对性和可行性的方略来实现侦查中网络通讯监听的全面法制化。

四、全书的主要架构

除开绪论以外，全书主要架构包括如下五环节：

第一，侦查中的网络通讯监听概说。通过文献分析、实证思辨、比较分析等方式，对侦查中的网络通讯监听之概念、基本特征、类型、基本性质、与传统通讯监听的关系等逐一展开详尽探讨。首先诠释其基本概念，接下来逐一厘清基本特征（监听主体的普遍性、监听对象的非确定性和监听范围的广泛性），然后对侦查中的网络通讯监听具体类别展开研究。遵照网络通讯形态的不同类型，将它界分成即时单独网络通讯监听、即时多人网络通讯监听和非即时网络通讯监听三种。至于侦查中网络通讯监听的基本性质则主要包括技术性和强制性。最后，对侦查中网络通讯监听和传统通讯监听关系实施评判，指出它们二者彼此在实施目的、运作程序、违法实施需承担的法律责任上具备相同性，但在实施平台、直接实施主