

Legal Regulation Research on New Surveillance Investigative Measures

新型监控侦查措施法律规制研究



艾明 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

013953765

Legal Regulation Research on New Surveillance Investigative Measures

D918

45

新型监控侦查措施法律规制研究



D918
45



北航

C1661571



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

新型监控侦查措施法律规制研究/艾明著. —北京:
法律出版社, 2013. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4843 - 7

I. ①新… II. ①艾… III. ①刑事侦查—监控体系—
研究 IV. ①D918

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 073294 号

新型监控侦查措施法律规制研究
艾明 著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 李 群
责任编辑 李 群
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 陶 松

开本 A5
印张 8.5
字数 190千
版本 2013 年 6 月第 1 版
印次 2013 年 6 月第 1 次印刷

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/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

开

定价:28.00 元

(



北航

C1661571

公司负责退换)

广东警官学院2011年重点科研课题
《信息化侦查措施法治化研究》成果

目 录

导 论 / 1

一、问题的提出 / 1

二、研究综述 / 5

三、研究方法 / 9

四、本书结构 / 10

第一章 新型监控侦查措施概述 / 14

第一节 新型监控侦查措施的内涵 / 14

一、技术侦查(察)措施 / 14

二、新型监控侦查措施 / 16

第二节 新型监控侦查措施的特征 / 21

一、技术特征 / 22

二、实施特征 / 25

三、监控特征 / 29

四、干预特征 / 35

五、小结 / 38

第三节 新型监控侦查措施的侦查价值 / 39

一、探索性目的与新型监控侦查措施 / 41

二、证(查)明性目的与新型监控侦查措施 / 46

三、缉捕性目的与新型监控侦查措施 / 50

四、小结 / 51

第二章 德国对新型监控侦查措施的法律规制 / 54

第一节 德国对新型监控侦查措施的立法规制 / 55

一、概括授权阶段 / 55

二、特别授权阶段 / 57

三、精致立法阶段 / 61

四、立法遵循的法治国原则 / 65

第二节 德国对新型监控侦查措施的司法规制 / 71

一、德国的基本权利干预审查体系 / 72

二、新型监控侦查措施涉及干预的基本权利 / 73

三、干预正当化事由的审查 / 83

第三节 德国规制新型监控侦查措施的特点 / 93

一、立法规制的详尽化和动态化 / 94

二、司法规制的常态化和宪法化 / 100

三、司法规制和立法规制的互动化 / 101

第三章 美国对新型监控侦查措施的法律规制 / 105

第一节 美国运用新型监控侦查措施的实践 / 105

一、运用 GPS 和视频监控设备进行特定监视 / 106

二、运用手机通联记录进行侦查 / 108

三、数据库查询、比对 / 110

四、网络监控 / 114

第二节 联邦最高法院规制新型监控侦查措施的

传统理论 / 114

一、隐私的合理期待理论 (Reasonable Expectation of Privacy) / 115

二、对规制新型监控侦查措施的总体态度 / 122

第三节 美国对新型监控侦查措施的立法规制 / 130

一、《电子通讯隐私法》(ECPA) / 130

二、《爱国者法》(USA Patriot Act) / 135

三、《联邦刑事诉讼规则》 / 138

四、《犯罪情报系统运作政策》 / 140

五、初步的总结 / 142

第四节 理论界的探讨与实务界的反思 / 144

一、理论界的探讨 / 144

二、实务界的反思 / 150

第五节 美德规制新型监控侦查措施的比较 / 152

一、SCHWARTZ 教授的比较 / 152

二、本书的见解 / 156

第四章 我国规制新型监控侦查措施的现状 / 168

第一节 我国运用新型监控侦查措施的实践 / 169

一、发展历程 / 169

二、实证分析 / 175

第二节 我国规制新型监控侦查措施的现状 / 179

一、法律保留原则层面的审视 / 181

二、法明确性原则层面的审视 / 190

三、比例原则层面的审视 / 193

四、欠缺配套立法 / 198

第五章 我国新型监控侦查措施规制构想 / 205

第一节 规制的基本理论 / 205

一、既有的理论 / 205	101、金麒麟著
二、层级化规制理论的设想 / 210	102、张慧明、张惠春、陈永超、王
第二节 立法规制的具体建议 / 221	103、(YanYan)著
一、完善刑事诉讼法关于技术侦查措施的规定 / 222	104、王
二、制定警察职权行使法 / 224	105、游晓晖、林国英、(王二)
三、制定个人资料保护法 / 227	106、(王二)著
第三节 司法审查制度的构建 / 231	107、(王二)著
一、刑事程序上的司法审查 / 231	108、(王二)著
二、宪法意义上的司法审查 / 238	109、(王二)著
结 论 / 245	110、(王二)著
参考文献 / 252	111、(王二)著
后 记 / 263	112、(王二)著

导 论

一、问题的提出

2012年8月,全中国民众的目光都被山城重庆吸引。8月10日9时34分,重庆市沙坪坝区凤鸣山康居苑中国银行储蓄所门前发生一起持枪抢劫杀人案,案犯打死1人、打伤2人后逃逸。经查,该案与2004年以来发生在江苏南京、湖南长沙、重庆等地的多起持枪抢劫杀人案系同一犯罪嫌疑人周克华所为。至此,被命名为“公安部一号大案”、震惊全国的苏湘渝系列持枪抢劫杀人案主犯周克华浮出水面。8月14日6时50分,经过公安机关连续近4天艰苦奋战,周克华终于在重庆市沙坪坝区童家桥被公安民警成功击毙,苏湘渝系列持枪抢劫杀人案件成功告破。

回顾这起案件的侦破过程,警方运用的一系列新型监控侦查措施引人注目,这些措施为最终侦破该案做出了重要贡献,具体而言:

第一,调取、分析视频监控录像。周克华在长沙连做4案,每一起案件发生后,长沙警方都调取了案发现场周围及案犯来去路线上的视频监控录像,调取的监控视频超过100T,以一部电影500兆来计算,民警观看的视频量相当于83万部电影。通过仔细观看、分析视频资料,警方掌握了周克华的一些特征,如脸部有白斑、

牙齿突出、右腿的步伐频率比左腿快0.02秒。这些特征的确定,为最终识别、认定周克华起到了重要的指引作用。^{〔1〕}

第二,装设视频监控设备进行特别监视。为发现周克华影踪,从2011年年底起,重庆警方就装设了视频监控设备,对周母及其住宅进行了特别监视。^{〔2〕}

第三,调取、分析手机通联记录。2012年8月11日,当周克华逛至重庆市江北区观音桥商圈大融城时,被一女孩发现。警方接报抵达时,周克华早已不知所终。通过调取附近的监控摄像头,周克华的身影重现。通过监控摄像头,民警看到他正在打电话。重庆警方随即要求电信运营商配合调查,对当时全城正在手机通话的3000多个人进行区域定位和电脑智能排查,最终锁定周克华的手机号码,为后续运用监听措施及准确查明周克华的活动方位创造了条件。^{〔3〕}

苏湘渝系列持枪抢劫杀人案的侦破,揭开了我国侦查机关运用新型监控侦查措施的冰山一角。事实上,随着犯罪型态的变化以及现代监控技术的发展,以数据库查询、比对,调取、分析手机通联记录、利用科技工具进行特别监视追踪(视频监控设备、GPS)为代表的新型监控侦查措施已被域外法治国家和地区的侦查机关普遍运用,并在抗制组织犯罪、恐怖主义犯罪、毒品犯罪中发挥着重要作用。^{〔4〕} 这些新型监控侦查措施的出现,一方面极大地丰富了

〔1〕《长沙警方回看周克华视频相当于83万部电影》,载《三湘都市报》2012年8月17日。

〔2〕《重庆四川贵州警方全员停止休假防范周克华》,载新华网2012年8月13日。

〔3〕《重庆警方称排查通话3000余人锁定周克华手机号》,载中国广播网,2012年8月20日。

〔4〕在2006年的“公务秘密案”判决中,德国联邦宪法法院就认为:“考量使用电子或数位通讯媒介之情形日增,且几乎运用于所有生活领域中,加深了刑事追迫之困难度。现代电信科技逐渐运用于不同的犯罪行为中,并助长犯罪行为之效率。因此,刑事追迫机关须跟上科技进步之脚步,以有效补强传统调查手段。”参见“‘公务秘密案’判决”,载《德国联邦宪法法院裁判选辑》(十三),我国台湾地区“司法院”2011年印行,第134页。

侦查措施的行为样态,另一方面也对规制侦查措施的传统理论形成了巨大的冲击。

在论证这些新型监控侦查措施正当性的初始阶段,域外法治国家的部分学者受传统古典干预理论的影响,认为这些措施不符合传统强制处分的特征,刑事诉讼法中已有的侦查概括授权条款已足够作为此类措施的授权基础,无须再作特别规定。例如,德国学者 Beulke 指出:“由于犯罪型态的不断转变,侦查手段也因此必须有相对应地更新,要寻求一个以列举方式详尽规范且足以涵括所有在个案中可想象得到的侦查手段的法条,几乎是不可能的,因而始有此等所谓侦查概括条款之产生,即由刑法第 161 条第 1 项、第 163 条第 1 项明确授权检察官及其侦查人员可采取必要、对人民基本权干预较轻微之侦查措施。”^{〔1〕}德国学者 Perschke 也认为:“由于科技进步及生活型态的变更,不论是犯罪型态或追诉犯罪的方法都已有所改变,对此,刑事诉讼相关的法律规范体系应个别的弹性反应,开放性观念的使用因而有其必要,若此时仍认立法者必须负责对所有新型、具体的侦查措施创置明确的授权基础,纵使可能,也会造成过度的‘法律化’,大幅阻碍国家追诉犯罪的基本任务。”^{〔2〕}

然而随着对这些新型监控侦查措施了解的加深,无论是学术界、司法实务界还是立法机关,都开始重新思考新型监控侦查措施的法律规制问题。在这一重新思考过程中,涌现出大量的新学说、新判例和新立法,这些新学说、新判例和新立法尽管表现形式各异,但都致力于解答下列问题:刑事诉讼中的侦查措施其本质是什么?规制侦查措施的传统理论有哪些方面的缺陷?相较于传统侦

〔1〕 转引自吴梓榕:《一般侦查措施的合宪控制》,台湾政治大学法律学研究所 2009 年硕士学位论文,第 89 页。

〔2〕 转引自吴梓榕:《一般侦查措施的合宪控制》,台湾政治大学法律学研究所 2009 年硕士学位论文,第 98 页。

查措施,新型监控侦查措施的特点为何?具有哪些方面的侦查价值?新型监控侦查措施可能干预公民何种基本权利?在对新型监控侦查措施进行法律规制时,如何实现犯罪控制与人权保障之间的平衡?

对这些问题的追问也构成了本书的写作动机。在笔者看来,随着新刑事诉讼法增订“技术侦查措施”的规定,对这一问题的深入研究,更显时代意义和学术价值。2012年3月14日,第十一届全国人民代表大会第五次会议通过《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》,新刑事诉讼法在第二编“立案、侦查和提起公诉”第二章“侦查”中增订第八节“技术侦查措施”共五个条文,这标志着在我国侦查实践中一直处于神秘状态的技术侦查措施开始浮出水面,驶入法制化的轨道。然而仔细审视这些条文,仍需追问的是:技术侦查措施与新型监控侦查措施的关系为何?我国刑事诉讼法关于技术侦查措施的规定,其进步意义何在?对比域外法治国家和地区的相关规定,还存在哪些缺陷?今后如何改进?

有鉴于此,笔者特选取新型监控侦查措施法律规制问题作为研究的主题,在笔者看来,本项研究具有如下方面的意义:

第一,本项研究将有助于深化认识侦查措施的本质,拓展规制侦查措施的理论视野。长期以来,在侦查措施规制领域,门槛理论、强制侦查/任意侦查理论和传统的古典干预理论占据着支配地位,然而随着新型监控侦查措施的不断出现,这些理论逐渐失去了解释力。传统理论的式微激发了学者和司法实务人士继续探索的动力,在剖析新型监控侦查措施特征的基础上,部分学者和司法实务人士提出了一些新的见解,全面、系统梳理这些新见解有助于深化认识侦查措施的本质,拓展规制侦查措施的理论视野。

第二,本项研究将有助于精致化理解刑事诉讼中犯罪控制与人权保障之间的平衡关系。在侦查领域,犯罪控制与人权保障一直存在紧张关系,如何实现二者的适度平衡一直是刑事诉讼法上

的一大难题。^{〔1〕}在以往的研究中,我国的部分学者由于对犯罪活动和侦查活动的发展变化缺乏直观、感性的认识,展开的讨论往往流于空泛。本项研究将在全面分析新型监控侦查措施特征的基础上,结合侦查程序自由形成原则和侦查技术意义上的侦查目的,进一步精致化地探讨如何在侦查活动中实现犯罪控制与人权保障之间的平衡。

第三,本项研究将有助于提高我国刑事诉讼法关于技术侦查措施立法条文的质量。尽管新刑事诉讼法已对技术侦查措施做了初步规定,但从条文内容来看,尚显粗疏。此外,就域外法治国家的立法经验而言,由于技术侦查措施的行为样态发展较快,对此领域的修法也较为密集。以德国为例,德国于1968年增修刑事诉讼法时增订第100条a作为通讯监察的法律授权基础,其后由于通讯监察的行为样态发展较快,遂使该条文成为刑事诉讼法中修正次数最多的条文。有学者统计,从1968年增订该条文起至2003年止,第100条a的修正次数高达26次,平均每一年半就修正一次,成为修正频率最高的条文。^{〔2〕}可见,对技术侦查措施的立法是一项持续的事业,为保证立法质量,有必要不断夯实理论研究基础。

二、研究综述

就我国大陆地区而言,对新型监控侦查措施的研究,主要表现为两种研究进路:

第一种是从刑事程序角度进行的法规范研究。比较有代表性的研究成果包括:宋英辉在《刑事程序中的技术侦查研究》中,就新型监控侦查措施的某些类别,如电子监控、秘密拍照或录像,进行

〔1〕 [日]田口守一:《刑事诉讼的目的》(增补版),张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2011年版,第44页。

〔2〕 葛祥林:《德国刑事诉讼法变迁及其在整体刑法之定位》,载我国台湾地区《玄奘法律学报》2005年第3期。

了比较法意义上的研究。^{〔1〕}程雷在《秘密侦查比较研究》中,以美、德、荷、英四国为样本,就秘密监控措施,如电子监控、通讯数据截取进行了比较法的考察。^{〔2〕}高峰在《刑事侦查中的令状制度研究》中,对某些新型态的技术侦查措施,如运用GPS进行定位追踪,调取、分析手机通联记录进行了初步的研究,并通过对比传统侦查手段,总结了技术侦查措施具备的特征。^{〔3〕}王彬在《比较法视野下的监控型秘密侦查研究》中,提出了监控型秘密侦查的概念,意指侦查人员通过一种不与侦查对象直接接触的方式,对其与外界的联系、活动、生活方式或物品进行暗中监视与控制的秘密侦查方法。该文并就英美法系国家和大陆法系国家运用的某些新型监控侦查措施,如获取通讯数据,有形监控,业务记录监控,利用科技工具进行特别监视进行了介绍。^{〔4〕}向燕在《刑事侦查中隐私权领域的界定》中,对干预公民信息隐私的某些新型监控侦查措施,如获取通讯状态信息,电子追踪,数据库查询、比对等作了比较法考察,并提出了隐私权干预的类型化指标理论。^{〔5〕}

第二种是从刑事侦查学角度进行的侦查技术研究。进入新世纪以来,随着“情报信息主导侦查”理念的进一步树立,在我国侦查实践中,新型监控侦查措施无论在运用的频率上,还是在运用的规模上均有大幅度的提升。我国侦查实践出现的这种新变化,引起了刑事侦查学界的极大关注。郝宏奎将此变化首先命名为“侦查信息化”,意指信息技术和计算机网络在侦查部门全面渗透,在侦

〔1〕 宋英辉:《刑事程序中的技术侦查研究》,载《法学研究》2000年第3期。

〔2〕 程雷:《秘密侦查比较研究——以美、德、荷、英四国为样本的分析》,中国人民公安大学出版社2008年版。

〔3〕 高峰:《刑事侦查中的令状制度研究》,中国法制出版社2008年版。

〔4〕 王彬:《比较法视野下的监控型秘密侦查研究》,载《河北法学》2010年第5期。

〔5〕 向燕:《刑事侦查中隐私权领域的界定》,中国政法大学出版社2011年版。

查破案中广泛应用,全方位支持侦查过程。^{〔1〕}随后,他进一步用“数字化侦查”概括这一现象。“数字化侦查”是指借助于数字信息、数据库、数字信息系统、数字信息网络等数字信息资源、数字信息载体、数字信息传输途径与方式,获取侦查线索和犯罪证据,揭露和证实犯罪的活动。相对于实体侦查而言,数字化侦查具有过程的快捷性、主体的广泛性、时空的超越性、对象的全面性、形式的无限性、方法的关联性、步骤的叠加性。^{〔2〕}李双其指出:“侦查与数字的融合,使侦查工作方式发生质的变化。这种变化无疑是一场侦查革命。”这场革命包含如下内容:获取情报信息的网络化、工作方式的电脑化、侦查管理的自动化、侦查运作的高效化、刑事证据的数字化。^{〔3〕}

尽管取得了一些研究成果,但总体而言,我国大陆地区对新型监控侦查措施的研究仍显薄弱,存在的主要缺陷包括:

第一,从刑事程序角度进行的法规范研究和从刑事侦查学角度进行的侦查技术研究存在严重的脱节现象。我国的刑事訴訟法学者对近年来新型监控侦查措施的发展关注不够,对新型监控侦查措施的行为样态,措施特征认识不够全面,由于对新型监控侦查措施缺乏具体的感性认识,我国刑事訴訟法学者关注的规制重点,仍然聚焦在传统的技術侦查措施,如监听上。对此,已有学者呼吁拓宽研究思路:“由监听的‘一枝独秀’向秘密监控手段的‘全面开花’过渡,由仅仅关注一种监控手段向系统性研究秘密监控改进,在确立监听手段在秘密监控法治化过程中标杆意义的同时,充分关注其他监控手段的个性与秘密监控整体系统的均衡、恰当。”^{〔4〕}

〔1〕 郝宏奎:《论侦查信息化》,载《中国人民公安大学学报》2005年第6期。

〔2〕 郝宏奎:《论数字化侦查的特点》,载《侦查论坛》(第九卷),中国人民公安大学出版社2010年版,第2~3页。

〔3〕 李双其主编:《数字化侦查》,群众出版社2005年版,第9页。

〔4〕 程雷:《秘密侦查比较研究——以美、德、荷、英四国为样本的分析》,中国人民公安大学出版社2008年版,第452页。

我国刑事侦查学者虽然充分关注了新型监控侦查措施的技术特点,但由于对域外法治国家规制该类措施的理论、立法和判例缺乏相应的了解,往往只能空泛地就措施规制问题发表见解。例如,李双其等著《法治视野下的信息化侦查》一书,全书共八章,但仅用一章探讨信息化侦查与公民权利保障问题,且由于欠缺必要的比较法分析,削弱了理论研究应有的深度。^[1]

第二,只注重立法规制忽视司法规制。对侦查措施的法律规制既牵涉立法规制,也包括司法规制。然而长期以来,我国刑事诉论法学界只注重介绍、比较、分析域外法治国家或地区的相关立法条文,对侦查措施的司法规制问题多有忽视,尤其未系统关注司法规制对完善侦查措施的立法条文所具有的重要推动作用。此外,理论界关注的热点多集中在英美法系的美国上,对近二十年来致力于规制新型监控侦查措施的德国关注不够,导致我国刑事诉论法学界对德国刑事诉论法近年来新增修的相关法律条文了解不够,对德国联邦宪法法院做出的多个有关新型监控措施的裁决把握不足。即使对美国的研究,也由于过分关注联邦最高法院的传统见解,忽视了近年来联邦上诉法院和州地方法院对此问题发表的新见解,而尽显理论研究的滞后性和片面性。

第三,研究的理论视野较为狭窄,理论基础较为薄弱。新型监控侦查措施的法律规制问题,涉及宪法学、刑事诉论法学、警察法学、刑事侦查学等多学科的知识,然而我国既有的研究,往往只注重从刑事诉论法学角度切入,且往往流于对法律条文的简单比较分析,对这些立法条文的正当性问题缺乏必要的法理总结和分析。此外,由于未引进基本权利干预审查体系等宪法学理论,无法凸显刑事诉论法和宪法具有的紧密关系。由于未引进侦查程序自由形

[1] 李双其、曹文安、黄云峰:《法治视野下的信息化侦查》,中国检察出版社2011年版。

成原则和修正的门槛理论,导致学界和实务界对我国刑事诉讼法上的侦查概括授权条款认识不足。

三、研究方法

基于本书的研究目的,笔者主要采用比较研究法和实证研究法,具体而言:

第一,比较研究法。所谓比较研究法,是指一方面以法律为其对象,另一方面以比较为其内容的一种思维活动。^{〔1〕}在本书中,笔者分别选取了大陆法系的德国和英美法系的美国为比较考察对象,之所以做这样的选择,主要原因在于:两个国家分属两大法系的典型代表,且对新型监控侦查措施法律规制问题累积了大量的立法经验、司法判例和学术理论,以这两个国家为比较考察对象,能最大限度地显现域外法治国家规制新型监控侦查措施的理论基础和发展趋势。在研究中,笔者尤其加大了对德国经验的考察力度,这主要是因为:我国既有的研究对德国的经验介绍不够全面,不尽深入,例如,对德国刑事诉讼法最新的立法动向付之阙如,对德国联邦宪法法院做出的有关新型监控侦查措施的最新裁决缺乏系统把握,而我国与德国同为大陆法系刑事诉讼成文法典化国家,只有加大对德国经验的考察力度,才能为我国完善新型监控侦查措施的法律规制提供更有针对性、更为全面的视角。此外,在进行比较研究时,笔者不仅仅是分析法条本身的差异,更对造成这种差异背后的原因进行了综合分析,因为“在法学上,特别是如同在法哲学、法律史、法律社会学和比较法出现的情况一样,只有超越本国现实法律规范之上的研究才能够称为科学。”^{〔2〕}

第二,实证研究法。法学虽然是关乎规范的科学,但只有在准

〔1〕 [德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,法律出版社2003年版,第3页。

〔2〕 [德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,法律出版社2003年版,第6页。