

技术侦查规范化研究

廖斌 张中 等著



本著作获得以下立项经费资助：

四川省哲学社会科学重点研究基地——社会治理创新研究中心的重点项目“技术侦查法制化研究”（项目编号：SHZD0401）

四川省哲学社会科学规划研究项目“技术侦查规范化研究”（项目号：SC11E028）

技术侦查规范化研究

廖斌 张中 等著



图书在版编目(CIP)数据

技术侦查规范化研究 / 廖斌等著. —北京:法律出版社, 2015.3

ISBN 978-7-5118-6185-6

I. ①技… II. ①廖… III. ①刑事侦查—技术规范—研究 IV. ①D918.2-65

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 051053 号

技术侦查规范化研究

廖斌等著
张中

责任编辑 孙东育 黄琳佳
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9.25 字数 224 千

版本 2015 年 3 月第 1 版

印次 2015 年 3 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6185-6

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本书其他撰写人员有：

高同丽 梁燕臣 闫思琳 安晓东

序

2012年颁布的新《刑事诉讼法》在“侦查”一章中新增了“技术侦查措施”一节,规定公安机关、检察院在侦查一些重大犯罪案件时经过严格的批准手续可以采用技术侦查措施。据此,技术侦查终于“从幕后走向前台”,由一种“见不得光”的隐形侦查手段转变为合法的侦查措施,公安机关采用技术侦查所收集的证据亦无须再经“转化”即可直接作为证据使用。这也从侧面反映出,现在的犯罪率有所攀升,作案手段越来越技术化,如果依然不能名正言顺地使用,对犯罪的打击和惩罚就不够有力。因此,技术侦查的合法化,因应了当前犯罪智能化的变化,对人民群众安全感的提升和社会的安定有积极意义。

虽然2012年的新《刑事诉讼法》首次提出技术侦查这一概念,这并不代表技术侦查措施在司法实践中首次使用;相反,其在新《刑事诉讼法》修改前已经广泛使用,但由于使用情况处于高度保密的状态,公众对其知之甚少,缺乏外力监督,这也就可能导致肆意使用技术侦查措施侵犯犯

罪嫌疑人、被告人合法权利的情形。从这个意义上说,将技术侦查纳入法治化进程有利于规范和约束侦查机关的自由裁量权,真正体现尊重和保障人权的法治理念,有利于推动我国民主和法治进程。但也要看到,这次立法对于技术侦查的规定过于抽象和原则,只做了概括性的规定,很多相关问题都没有提及:到底什么是技术侦查,包括哪些措施?使用技术侦查到底要经过怎样的“严格批准”程序?此外,在主体、对象、救济和结果使用等方面均缺乏充分的法律依据。总之,这次修法未能将技术侦查这一极为重要的侦查体系规范化和制度化,需要在未来立法或司法解释中进一步细化。

相对于立法的不足,目前国内已有研究也仅停留在初步阶段,仅在表层探讨技术侦查的原则、程序规制等,缺乏法理上的深入研究。廖斌、张中等学者在《技术侦查规范化研究》这本书中则恰到好处地弥补了当下理论研究的不足,他们结合司法实践深入探讨了技术侦查原理、正当性根据、负面效应,技术侦查与隐私权保护的冲突及平衡等理论问题。这些研究有助于还原技术侦查的“本来面目”,真正指导司法实践。此外,作者选取了实践中常用的几种技术侦查措施逐一探讨,对电话监听、网络监控、卧底侦查等典型的技术侦查手段进行分门别类的研究,既注重了共通性,又看到了差异性,有助于深入了解把握具体侦查措施的各自特点,走向规范化道路。

当然,作为对技术侦查措施制度化和规范化的一种尝试,本书的相关研究还有待进一步深化。随着中国民主事业的发展,人权与法治的关系也日益凸显。尊重和保障人权已经逐渐成为中国法治建设的主题,而法治尤其是刑事法治的建设是一个螺旋上升的漫长过程,不可能一蹴而就,需要理论界和实务界广大有识之士的共同努力。我认为,对于技术侦查领域的法治建设,本书可以为我们提供有益的借鉴,特此作序。

左卫民

2015年3月于四川大学

目 录

第一章 技术侦查一般原理/1

- 一、技术侦查的概念和特征/2
- 二、技术侦查的正当性根据/6
- 三、技术侦查的负面效应/12
- 四、技术侦查与隐私权保护/15
- 五、技术侦查与司法伦理/21
- 六、技术侦查的适用原则/25
- 七、技术侦查的程序规制/29

第二章 监听/34

- 一、监听制度概述/35
- 二、国外监听制度考鉴/42
- 三、我国监听制度分析/63
- 四、我国监听制度完善/66

第三章 网络监控/78

- 一、网络监控的基本概念/79

- 二、部分国家网络监控立法考鉴/88
- 三、网络监控在实践中的几个问题/92
- 四、网络监控的法律规制/100
- 五、对我国网络监控制度建设的思考/104

第四章 卧底侦查/114

- 一、卧底侦查基本问题/115
- 二、卧底侦查证据制度的现实困境/122
- 三、卧底侦查制度证据问题分析/128
- 四、我国卧底侦查证据制度构建/144

第五章 诱惑侦查/154

- 一、诱惑侦查概述/155
- 二、诱惑侦查价值分析/159
- 三、我国诱惑侦查的现状和问题/167
- 四、我国诱惑侦查的规范化构想/172

第六章 线人制度/191

- 一、线人与线人制度/192
- 二、刑事侦查中的线人使用/199
- 三、线人使用存在的风险及问题/204
- 四、我国线人使用情况及制度性缺陷/211
- 五、我国线人制度的具体构建/216

第七章 控制下交付制度/224

- 一、控制下交付概念、背景及分类/226
- 二、控制下交付在技术侦查体系中的定位/233
- 三、控制下交付的风险、权利侵害性及正当性分析/236
- 四、控制下交付与侦查法定原则/242

五、控制下交付与令状制度/247

六、控制下交付的适用原则/255

七、对控制下交付的证据思考/261

主要参考文献/269

后 记/285

第一章 技术侦查一般原理

第十一届全国人民代表大会第五次会议于2012年3月14日通过《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》第二次修正并于2013年1月1日实施的《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)在第二编立案、侦查和提起公诉中侦查一章的第八节增加了技术侦查措施。其中分别规定了公安机关、检察院在侦查一些重大犯罪案件时经过严格的批准手续可以采用技术侦查措施。其实,早在这次《刑事诉讼法》修改前,技术侦查措施就已经为侦查机关所用了。随着科技的迅猛发展,犯罪形式也越来越取向于科技化、专业化、复杂化,传统的“一张纸、一支笔、一张嘴”的侦查方式已远不能适应现在层出不穷的犯罪形式,所以技术侦查措施也备受侦查机关青睐。但是,技术侦查也是一把“双刃剑”,极易对公民的基本权利特别是隐私权造成侵害,而我国现行法律法规对于技术侦查的规定过于粗糙,到底什么是技术侦查,技术侦查包括哪些措施,技术侦查的正当性根据何在,

它有哪些负面效应,技术侦查与隐私权的保护如何权衡,以及技术侦查使用的原则和程序规制等亟待明确的问题都没有提及,这不能不说是立法的一大失误。国内学者在这方面的研究也仅停留在初级阶段,没有做出一个深入的研究,本文拟就此问题逐一探讨,以期对完善我国技术侦查体系在理论上有所裨益。

一、技术侦查的概念和特征

(一) 技术侦查概念之界定

“技术侦查”这一概念并非这次新《刑事诉讼法》首创,在其之前的《国家安全法》和《人民警察法》^{〔1〕}就做了简单的授权性规定,虽然这两部非基本刑事法律使用的称谓都是“技术侦察”,这是国家侦查权不受外部约束背景下的一种称谓,具体含义与现在的技术侦查无异。

由于现在的犯罪活动日益科技化、隐蔽化,再加上一些重大的国际犯罪、集团犯罪等重大犯罪的增长态势,传统侦查手段难以担当重任。各国都在保障公民基本权利的前提下寻求一种有效遏制、打击犯罪的手段,于是,以科技手段为特征的技术侦查就应运而生。那么,到底什么是技术侦查,目前学界和理论界对此概念存在不同认识。有学者认为,技术侦查只是一个约定俗称的专门行业术语,技术侦查的提法不太准确。^{〔2〕}也有学者认为技术侦查是以技术为支撑的侦查手段,强调的是以特定技术所进行的侦查,它不等同于侦查技术,技术侦查是一种特殊的秘密侦查。^{〔3〕}陈卫东教授认为技

〔1〕《国家安全法》第10条规定,“国家安全机关因侦察危害国家安全行为的需要,根据国家有关规定,经过严格的批准手续,可以采取技术侦察措施”。《人民警察法》第16条规定:“公安机关因侦查犯罪的需要,根据国家有关规定,经过严格的批准手续,可以采取技术侦察措施。”

〔2〕参见陈胜才、刘昌强:《技术侦查及其司法控制》,中国检察出版社2005年版,第289页。

〔3〕参见郑海:“技术侦查的法律规制”,载《河北法学》2007年第25卷第7期。

术侦查是秘密监控在中国语境下的一种表达,特指使用技术手段秘密获取公民信息的各种措施,^[1]他认为技术侦查是秘密侦查的一种,技术侦查和乔装侦查同为秘密侦查的属概念。

《刑事诉讼法》侦查一章中将技术侦查单独作为一节,而在该节的具体措施中既有技术侦查,也有单纯使用人力的秘密手段。这里可以看出,刑诉法将技术侦查既作为种概念又作为属概念,逻辑、语义上的矛盾可见一斑。即使在此节中,《刑事诉讼法》也只是笼统地规定了侦查机关针对几类特殊案件可以使用技术侦查,并且只是象征性地说要经过“严格的批准程序”,具体什么样的批准程序、谁来批准以及可以使用哪些具体措施也没有提及,这样简单笼统的授权很容易导致实践中的混乱,导致侦查机关为了获得公民的信息无所不用其极,甚至严重侵害公民隐私,后果不堪设想。因此,未来立法或司法解释有必要具体明确技术侦查的概念、种类、适用范围等。

笔者认为,在对技术侦查的概念进行界定时,应着重从技术侦查的两个本质特征入手:技术性和秘密性。技术性是指技术侦查之所以不同于传统侦查方法就在于它借助科技设备增强了侦查主体的感官能力。随着人们对科技的不断探索,人类掌握的科学知识会越来越多,进而科技在技术侦查领域中的应用也是越来越广泛,从这方面看,技侦手段必然不断升级,法律没必要也不可能对其完全列举;秘密性指为获取证据,在犯罪嫌疑人不知情的情况下实施的各种侦查手段。依此路径,电子监听、秘密录音录像、监视或录制电子通讯、电子追踪、红外热感成像、DNA 检验等手段应当包含在技术侦查中。

(二) 技术侦查的特征

1. 秘密性

传统侦查模式中,受“口供中心主义”的影响,犯罪侦查通常实行的是“由供到证”的侦查模式,即首先获取犯罪嫌疑人的口供,再

[1] 参见陈卫东:“理性审视技术侦查立法”,载《法制日报》2011年9月21日。

以口供为中心向外辐射,进一步获取证人证言、书证、物证等其他证据。^[1]在这种侦查方式下,侦查活动为犯罪嫌疑人所知晓,而技术侦查更多是借助于高科技手段以一种悄无声息的方式进入犯罪嫌疑人的生活,在犯罪嫌疑人毫不知情的情况下秘密获取犯罪信息。

2. 技术性

秘密性是技术侦查的一大特征,但仅有秘密性还不够,技术侦查还必须满足技术性的要求,也就是说,侦查人员进行侦查时必须借助科技手段。那种只具备秘密性的特点,但没有使用科学技术作为支撑的各种侦查措施不属于技术侦查,如单纯使用人的视力进行的监视或人力跟踪^[2]等,这些手段因毫无技术性可言,不应归于技术侦查的范畴。

3. 顺向性和直接性

传统侦查是一种追溯性侦查,即在案件发生后,根据现场遗留的痕迹推测复原犯罪事实,这种侦查方式在认识上属于一种逆向认识,获得的证据也大多是间接证据。而技术侦查的最大特点就是可以将侦查认识与犯罪活动发生在同一时空内,使侦查主体能够“直视”犯罪过程,例如监听和卧底等技术侦查措施的运用可以即时掌握犯罪动态,大多数情况下可直接认定犯罪嫌疑人。技术侦查实质上是借助于大量的人工科技手段延伸和扩展了侦查人员的感官范围,压缩了侦查活动和犯罪活动时空间的间隔,使侦查人员顺向和直接地感知犯罪事实。

4. 易侵犯性

技术侦查措施是在当事人毫不知情的情况下实施的,更谈不上“自愿配合”,^[3]而实践中侦查机关可以以“侦查需要”为借口随意

[1] 参见章其彦:“职务犯罪技术侦查探讨”,载《经济与社会发展》2008年第8期。

[2] 参见程雷:“论检察机关的技术侦查权”,载《政法论丛》2011年第5期。

[3] 朱孝清:“试论技术侦查在职务犯罪侦查中的适用”,载《国家检察官学院学报》2004年第1期。

选择要使用的技术侦查措施。先进的科学技术为本来就强大的公权力提供支撑,这就意味着公权力以一种几乎不受限制的方式闯入公民的私生活领域,随意猎取公民私密信息,公民私生活领域的信息并非全部涉及犯罪活动,很大程度上是关于私人交往过程中不想公开的信息,但技术侦查不会自动筛选信息,以监听为例,侦查机关获得的信息并非全部与犯罪有关,很大一部分是与犯罪活动无关但又不想让外人知道的个人私密信息。这样,技术侦查的使用就对公民个人私生活领域无关犯罪活动的信息构成极大的威胁。

(三)立法规制技术侦查的必要性

现代社会,各种隐形犯罪类型不断出现,单靠常规的侦查方法已远远不能适应打击犯罪的需要。现在犯罪分子借助科技的发展,无论是犯罪方法还是犯罪类型越来越智能化,所以客观上要求侦查机关的侦查手段必须以科学技术作为支撑才能有效打击犯罪。而且,“技术侦查的广泛使用代表着社会控制方式的转变,是社会发展自身的要求,工业社会、陌生人社会、多元社会、流动社会的形成导致传统的社会控制方式失灵,社会控制的方式只能因社会的变迁与人类行为模式的变迁,由强制转为秘密监控与欺骗引诱”。^{〔1〕}所以,借助技术侦查手段打击犯罪是不可避免的,正体现了我们追诉犯罪的方式适应社会发展、与时俱进的一方面。但我们也要看到它极易侵犯公民基本人权的一方面,立法确立技术侦查追求的是法律规制下的正当使用。

前已提及,技术侦查并非新《刑事诉讼法》首创,早在刑诉法修改之前,国家安全法和人民警察法及公安部颁布的其他规范性文件中就有技术侦查一说,只是作为打击犯罪最重要依据的刑诉法却没有规定。这就导致实践中对技术侦查的使用已经是公开的秘密,查阅现有的已经公开的文献和报道,可以发现在实践中侦查机关早已

〔1〕 朱孝清:“试论技术侦查在职务犯罪侦查中的适用”,载《国家检察官学院学报》2004年第1期。

广泛使用电话侦控、网络侦控等秘密侦查手段,特别是在重大毒品犯罪中以及贿赂犯罪中,首选技术侦查手段几乎毋庸置疑。并且,由于立法对技术侦查的使用没有做出严格的规定,这就凸显了以下两个问题:第一,技术侦查手段在实践中处于可做不可说的尴尬状态,通过技术侦查手段所获得的证据面临着合法性的诘问;^[1]第二,由于电话、网络等通讯手段的普及应用,通讯监听这种技术侦查措施若被滥用,公民隐私将面临极大危险。

纵观刑事诉讼制度的发展过程,技术侦查的法治化是必然趋势,从世界各国刑事诉讼中对技术侦查的规定来看,技术侦查出现在法律文本中无一不是因为这种措施对于公民权利的威胁日益凸显。技术侦查的采用意味着公共权力以一种悄无声息的方式进入了人们的生活,在一个公民权利应当受到尊重和保护的法治社会中,需要对这样的权力侵入保持警醒。^[2]新《刑事诉讼法》第八节寥寥五个条文规定了技术侦查适用时间、范围、条件、程序、期限及延期、所获得的证据的使用等规定,未免过于原则,这就给实践中侦查机关滥用权力留下了太大的余地,操作不好,极可能对公民的权利构成侵害。所以,极有必要在立法中明确规定。

二、技术侦查的正当性根据

(一)技术侦查产生的背景及存在的现实合理性

技术侦查在实践中得以广泛运用,主要有两个方面的背景因素:一是新类型的犯罪层出不穷,传统侦查方式在打击犯罪面前失灵,司法实践需要技术侦查。当前组织犯罪、预谋犯罪如伪造货币、贩毒、走私等新型犯罪在所有犯罪形式中占的比重逐渐增大,这类新的犯罪类型相比于传统的谋杀、抢劫等面对面的犯罪形式来说有一个明显区别:没有直接的施害人和受害人,传统犯罪形式中犯罪活

[1] 参见熊秋红:“法治背景下的秘密侦查”,载《新华法治》2011年1月25日。

[2] 参见熊秋红:“法治背景下的秘密侦查”,载《新华法治》2011年1月25日。

动直接指向的人对犯罪活动深恶痛绝,会积极协助侦查机关破案,而在这种新型犯罪中犯罪活动直接指向的人则跟犯罪分子处于同一战线,协助犯罪分子隐匿犯罪线索,所以此类案件的侦破难度加大。使用技术侦查“是侦破无被害人犯罪的相对有效方式,使用其他侦查方式对抗该犯罪可能相当困难”。〔1〕基于这种背景,刑事侦查机关必然选择几乎不用直接对抗就能获得大量犯罪证据的技术侦查。二是科学技术的发展为侦查方式的改变提供了现实可能性。科学技术在改变着我们日常生活的同时,也促使侦查方式不断升级,有学者指出,刑事案件侦查中使用科学技术,其实是科学技术发展与进步在刑事诉讼领域中的反映。〔2〕科技的高速发展也确实为技术侦查提供了现实上的可能性和技术上的支持。〔3〕

技术侦查在发现犯罪线索、获取犯罪证据方面的突出优势充分展现了其存在的合理性。相比于常规侦查,技术侦查的一大优势是侦查手段的使用不能惊扰被侦查人,被侦查人对侦查事实的存在毫不知情,这样就能够获得更真实更直接的证据。而且由于技术侦查兼具秘密性和技术性的特点,这样就更容易渗透到犯罪分子内部中去,所以,相比于其他侦查手段就更容易发现技术侦查存在的现实合理性主要表现在以下几个方面:(1)证明方法的转变。在刑事诉讼中,针对被告人是否有罪的问题,需要进行证明,而用什么样的方法证明则是刑事证明的重中之重。从历史的角度看,人类对刑事证明方法的探索经历了两次大的转变:第一次,从以“神证”为主的证明方法向以“人证”为主的证明方法转变;第二次,从以“人证”为主

〔1〕 Henry Mares, “Balancing public Interest and a Fair Trial in police Informer privilege: A Critical Australian Perspective”, in *International Journal of Evidence and proof*, 2002.

〔2〕 参见宋英辉:“刑事程序中的技术侦查研究”,载《法学研究》2000年第3卷。

〔3〕 参见吕耀怀、黄晓权:“技术侦查及其法制化进路”,载《湘潭大学学报》2011年第6期。

的证明方法向以“物证”为主的证明方法转变。^{〔1〕}在这两种转变中,第一次转变的进步之处在于口供取代了超自然的神灵裁判,人类认识趋于理性;而第二次转变中,物证在刑事证明中的地位大大提高,与物证有关的科学技术也渐成规模,证明方法日趋科学。将科学技术运用到刑事证明中,大大提高了准确认识案件事实、固化证据的能力。技术侦查以获取更多的科学证据为主要目标,契合了科学证明的主旨。(2)犯罪形势继续恶化。近年来,在犯罪数量持续增长的同时,新的犯罪种类也不断出现,有组织犯罪、毒品犯罪、恐怖活动犯罪日益猖獗,犯罪手法益越智能化,反侦查能力不断提高。据统计,1952年至1978年的27年间,我国全国刑事案件立案率年均增长速度不过1.13%,但1979年至1991年犯罪发案率年平均递增达12%,到2003年,全国刑事案件共立案439万起,比1978年增长了近10倍。^{〔2〕}面临如此严峻的犯罪形势,传统的侦查方法已经显示出了其在打击犯罪方面的失灵,技术侦查便应运而生,它能及时发现案件线索、掌握犯罪动态,是打击严重犯罪的利器。在犯罪高发时期借助技术侦查手段打击犯罪,能够使侦查工作跟上犯罪组织化、智能化的发展步调,维护社会秩序的稳定。^{〔3〕}(3)犯罪手段技术化程度高、隐蔽性强。在科技时代,犯罪嫌疑人的犯罪手段愈加技术化,反侦查的经验愈加丰富,他们常常利用很多科学知识作案,很多案件现场难觅有价值的线索。因此,侦查机关为发现更真实更有价值的证据材料,迫切需要借助于高科技手段。利用电子监听、网络监控查等技术侦查手段获取证据材料,能够直观地记录犯罪嫌疑人的语言、面部表情、肢体活动等信息,不受感知能力、

〔1〕 参见卞建林主编:《刑事证明理论》,中国人民公安大学出版社2004年版,第392页。

〔2〕 参见陈晖:“公安秘密侦查与人权保障的辩证思考”,载《公安研究》2010年第2期。

〔3〕 参见朱孝清:“试论技术侦查在职务犯罪技术侦查中的适用”,载《国家检察官学院学报》2004年第12期。