

# 我国技术侦查证据审查规则立法研究

——以现行《刑事诉讼法》第一百五十二条为研究对象

刘晨琦

(中国社会科学院法学研究所, 北京 102488)

**摘要:** 在肯定技术侦查立法在总体上进步的同时, 不能忽视现行《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第二章新增第八节存在的立法设计上的缺陷, 存在与刑事诉讼相关制度相冲突、与“以审判为中心”的刑事诉讼制度改革相背离的情况, 不利于刑事诉讼的程序控制功能的发挥以及惩治犯罪与保障人权两大目的的有效实现。在《刑事诉讼法》再修改之际, 有必要再次提出关于“技术侦查措施”一节在立法设计上存在的问题, 以期法律及相关司法解释的内容得以进一步完善, 尤其是其中“秘密侦查”措施与“技术侦查”实属不同的特殊侦查方法的事实加以澄清, 对二者的性质及刑事诉讼制度之于两者的不同运用加以厘界, 从而使刑事诉讼法在司法实践中的实施得以按照立法原意更有效地开展。

**关键词:** 技术侦查; 秘密侦查; 证据审查规则; 立法设计

**中图分类号:** DF793

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1009 - 3745 (2018) 05 - 0006 - 08

伴随着现代社会科学技术的迅速发展, 犯罪行为与犯罪手段愈发趋于隐蔽与复杂, 不断提高侦查技术的水平是实现有效犯罪控制的应有之义。技术侦查在我国长期在诉讼法制轨道外运行, 鉴于技术侦查的有效性以及人权保障的必要性, 2012年《刑事诉讼法》修订时在第二编第二章第八节以5个条款专节规定了“技术侦查措施”, 初步构建起了我国技术侦查措施的立法体系, 将技术侦查措施纳入了诉讼法制轨道。但就世界刑事诉讼法的发展趋向以及我国审判中心的诉讼制度改革来看, 这一体系在实体规制、程序控制、证据制度等方面都还尚存诸多不足, 离法治化要求还相距甚远。其中的核心

条款是技术侦查证据材料审查规则, 它直接反应了立法的逻辑体系以及立法目的。目前, 正值《刑事诉讼法》再修改之际, 有必要仔细研讨刑事诉讼法中“技术侦查措施”中的立法设计瑕疵, 以期在立法中得到完善。

## 一、规范审视: 技术侦查查证规则立法瑕疵

我国立法中最早明文规定技术侦查措施的是我国1993年2月颁布的《中华人民共和国国家安全法》第十条和第三十三条<sup>①</sup>。随后在1995年2月颁布的《中华人民共和国人民警察法》中作了几乎相同的规定<sup>②</sup>, 更多具体规定存在于侦查机关内部规

收稿日期: 2018-08-28

作者简介: 刘晨琦(1987-), 女, 山东泰安人, 中国社会科学院法学研究所助理研究员、研究生院讲师, 法学博士, 从事刑事诉讼法学研究。

<sup>①</sup>我国《国家安全法》第十条规定: “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, 可以采用技术侦察措施”, 同时在其第三十三条授权公安机关在执行国家安全工作任务时可以适用上述规定。

<sup>②</sup>我国《警察法》第十六条: “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, 可以采用技术侦察措施。”

范。但根据1996年《刑事诉讼法》以及2000年公安部《关于技术侦察工作的规定》等法律法规规定，通过技术侦查取得的证据材料，不能在刑事诉讼中直接使用，仅能作为侦查线索使用，也不得在法庭上出示，使得长期以来技术侦查处于刑事诉讼法外运行状态中。这一方面导致部分证据材料无法进入庭审场域，影响了指控犯罪的针对性与有效性；另一方面也导致信息不对称，影响刑事被追诉人公正受审权的保障，同时也对公民所享有的隐私权造成严重威胁。

在这样的背景下，2012年刑事诉讼法修订时，将国安法、警察法以及侦查实践中早已存在的技术侦查措施纳入到刑事诉讼法的规范之中，对侦查机关采取技术侦查措施确立了授权性规则。2012年刑事诉讼法修订时在第二编第二章第八节以5个条款专节规定了“技术侦查措施”，初步构建起了我国技术侦查措施的立法体系，将技术侦查措施纳入了诉讼法制轨道。“技术侦查措施”专节规定中以5个条款分别规定了技术侦查的适用范围、技术侦查的批准与适用期限、技术侦查获取信息和事实材料保密销毁规范以及相关人配合义务、乔装侦查与控制下交付的技术侦查方式、技术侦查收集的证据材料证据资格以及查证核实方式。简单5个条款却内容丰富，为技术侦查的行为样态、适用范围、适用程序、证据规则等建立了基本的诉讼规范。其中最为核心的条款是第一百五十二条<sup>①</sup>，它解决了采用技术侦查措施收集到的证据材料的证据资格问题，也规定了查证核实方式，从而改变了技术侦查法外允许的状态。因而，从刑事诉讼自身的科学性来看，审判应当在诉讼中居于核心地位，通过证据裁判原则处理刑事案件。这对于技术侦查的规范适用起到了重要积极作用，但其立法不足还是引起了诸多争议。毋庸置疑，其中的实体标准与程序控制内容离法治化要求还尚有距离，既缺乏权力之间的制约，也缺乏对技术侦查适用对象权利的基本保障。

值得注意的是，在2011年8月30日公布的刑事诉讼法修正案（草案）建议增加第一百五十一条（现为刑事诉讼法第一百五十二条）关于“依照本

节规定采取侦查措施收集的材料”用作证据的规定，与现行刑事诉讼法即最终修改决定的版本所规定的内容存在差异：在修正案（草案）中这条规定被分成二款，第一款是对通过技术侦查措施和秘密侦查措施所获取的材料，在刑事诉讼中可以作为证据使用的统一规定，而第二款则是专门对秘密侦查措施所收集的材料用作证据的特别规定——鉴于秘密侦查措施的特殊性，出于侦破犯罪并保护特定人员人身安全的需要，对实施秘密侦查的特定人员的真实身份进行保密，必要时对证据材料进行庭外核实等有关保护措施；而在最终颁布施行的刑事诉讼法中，第一百五十二条对技术侦查措施与秘密侦查措施所收集的材料在刑事诉讼中用作证据的特殊规定没有进行区分，相应的，在法条内容的表述上也作了细微的改动，删去了“实施秘密侦查收集的证据”这个前提，将“可能危及特定人员的人身安全”调整为“可能危及有关人员的人身安全”，将“应当采取不暴露特定人员真实身份等保护措施”调整为“应当采取不暴露有关人员身份、技术方法等保护措施”。

修正案草案拟采取的技术侦查与秘密侦查相分离的立法思路，只有秘密侦查所得的证据材料要采用特殊的核实方式，这符合秘密侦查的特殊性。而最终的法律文本则放弃这一做法，对技术侦查措施和秘密侦查措施采取概括授权的立法模式，一同采取了特殊的核实方式。有观点对此解释认为，现行刑事诉讼法在此处继续“秉承”了我国一直以来奉行的“宜粗不宜细”的立法指导思想。但现行刑事诉讼法对于技术侦查措施的证据规则采用了与秘密侦查措施证据规则一样的例外规定，这不仅仅是概念上的混同，可能造成法学界与法律界的讨论与适用难以统一，减损了法律条文的可操作性，<sup>[1]</sup>更有可能的结果是，控方利用手中强大的技术侦查权所取得的证据材料无法公开、平等、透明地呈现给被追诉一方，即便犯罪已经被侦破，即便诉讼已经走到了庭审阶段，辩方仍然无法有效地行使辩护权。这样的规定与“草案说明”中所称要“注意对刑事诉讼参与人包括犯罪嫌疑人、被告人合法权利的保

<sup>①</sup>我国2012年《刑事诉讼法》第一百五十二条：“依照本节规定采取侦查措施收集的材料在刑事诉讼中可以作为证据使用。如果使用该证据可能危及有关人员的人身安全，或者可能产生其他严重后果的，应当采取不暴露有关人员身份、技术方法等保护措施，必要的时候，可以由审判人员在庭外对证据进行核实。”

护”，以及“强化侦查措施的规范、制约和监督，防止滥用”以“完善侦查措施”等相关提法发生矛盾，而且，这不利于在实践中落实刑事诉讼的控辩平等原则、审判公开原则尤其是庭审过程中的质证原则，直接影响着我国刑事程序法治和人权保障的进一步发展。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零七条<sup>①</sup>第一款的规定，技术侦查所收集的证据材料，要经过庭审质证才能作为最后定案的根据；第二款则规定了相应的例外查证方式。但就目前的司法实践来看，理论上的担忧也正在上演，侦查机关通过技术侦查收集的材料一般都不随案移送，法律明确规定要求附卷的仅仅是采取技术侦查措施决定书。相关证据材料不随案移送，更毋庸谈论法庭出示、举证、质证了。仅将采取技术侦查措施的决定书附卷。其中固然有因为实施细则的缺乏可能导致有关人员、有关秘密得不到必要保护的担忧，但也有取证工作粗糙，达不到证据收集的程序要求甚至合法性要求的原因。<sup>[2]</sup>因而，我们看到，这一条款缺乏必要的理论正当性，也并不符合现代法治的要求，亟待修订解决。

## 二、评价基础：秘密侦查与技术侦查的区分

要试图解决这一问题，首先必须对技术侦查与秘密侦查的概念进行明确以将二者进行必要区分。尽管秘密侦查和技术侦查在概念上存在争议，二者的关系在法学界也众说纷纭，有观点认为秘密侦查可以涵盖技术侦查，也有观点认为技术侦查概念广于秘密侦查，但实际上，笔者认为，二者之间不存在包含与被包含的关系，二者是相互独立、各具特色的两种特殊侦查手段。

### （一）秘密侦查的概念及其特征

秘密侦查并非现代刑侦的产物，不论古今中

外，秘密侦查都长期普遍存在。望文生义，秘密侦查就是指以隐瞒身份与目的的秘密手段调查与收集侦查对象相关信息的侦查方式。在现代刑事侦查实践中，其主要措施包括卧底侦查、线人侦查、诱惑侦查以及控制下交付等。一般来说，卧底侦查、线人侦查、诱惑侦查也统称为“乔装侦查（Undercover Investigation）”。卧底侦查是指侦查机关通过秘密派遣侦查人员潜入犯罪组织、参与犯罪活动的方式，以获取组织犯罪的有关线索或证据材料的侦查方法。<sup>[3]</sup>卧底侦查主要针对的是组织性、隐秘性和国际性的新型犯罪。线人侦查是指由侦查机关遴选的“非警察”志愿与警察合作进行秘密搜集相关资料的侦查活动，且通常要求线人不得从事违法行为；而卧底侦查是指侦查机关通过秘密派遣侦查人员潜入犯罪组织、参与犯罪活动的方式，以获取组织犯罪的有关线索或证据材料的侦查方法。<sup>[3]</sup>诱惑侦查，或称“诱捕侦查”，主要指的是侦查人员引诱其认为有犯罪意图的人实施犯罪行为，待侦查对象实施了犯罪以后对其再加以抓捕的侦查手段。<sup>[4]</sup>控制下交付，也称“跟踪监控、监视转移或监视转交”，指侦查主体虽已经确定某类物品是违禁品，却并不采取行动进行没收，而是允许其流通，但是这一过程在侦查机关的监视和追踪下进行的，侦查主体以此来确定非法交易的参与主体、违禁品的性质和数量等。控制下交付经常被运用于毒品犯罪的侦查。<sup>②</sup>相关国际公约并未将其纳入乔装侦查（“特工行动”）的范畴，而是将其单独列为一项“特殊侦查手段”予以规范。<sup>[5]</sup>司法实践中，以上四类秘密侦查手段在运用时产生交叉的情况也很普遍。

通过对上述秘密侦查的四种行为样态分析可以知道，秘密侦查它的内涵与外延比较明确固定，且本身并不天然具有高技术性，相反它存在的历史非常久远，其核心特征仅在于秘密性。由于秘密侦查不易为侦查对象所察觉，能够有效直接渗透到犯

<sup>①</sup> 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零七条：“采取技术侦查措施收集的材料，经当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实的，可以作为定案的根据。使用前款规定的证据可能危及有关人员的人身安全，或者可能产生其他严重后果的，法庭应当采取不暴露有关人员身份、技术方法等保护措施，必要时，审判人员可以在庭外核实。”

<sup>②</sup> 对于控制下交付，《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第1条g项有明确界定：“控制下交付系指一种技术，即在一国或多国的主管当局知情或监督下，允许货物中非法或可疑的麻醉药品、精神药物、本公约表1和表2所列物质或它们的替代物质运出、通过或运入其领土，以期查明涉及按本公约第3条第1款确定的犯罪的人。”

罪过程中，因而具有普通正常无法具备的功效，对于发现犯罪、打击犯罪具有重要作用。但秘密侦查在本质上是公权力通过秘密的方式介入到公共社会中，如果不加以控制与规范，将对公民基本权利造成重大威胁与侵犯。因而秘密侦查所取得的证据材料在刑事诉讼中的作用实际上是一种利益衡量的结果，一方面要求尽可能地发挥其在打击犯罪中的作用，另一方面要求秘密侦查的措施应当在符合法治要求的前提下、在文明规范的前提下进行适用。由于秘密侦查通常采用卧底、线人的方式，为防止犯罪份子的报复，需要对其身份等进行特殊保护，而秘密侦查所得的证据材料在必要的情况下应当通过特殊的方式提交法庭进行查证。

## （二）技术侦查的概念及其特征

随着电话、手机、计算机与互联网的相继发明、发展与普及，犯罪手段逐渐趋于隐蔽化、复杂化、技术化，犯罪人员的反侦查意识也在不断提高，在这样的社会背景下，不断利用现代科学技术来提高侦查能力与水平是维护国家与社会安全秩序的必要手段。“技术侦查”，是在刑事诉讼中，侦查人员依法运用技术设备以及技术方法，隐秘获取有关犯罪线索或者犯罪证据，以发现犯罪、查明犯罪事实和查缉犯罪嫌疑人所使用的一种特殊的侦查手段。对技术侦查进行类型化界定并非易事。正如随着社会的不断进步与科技的不断发展，犯罪类型与方法的层出不穷一样，技术侦查的类型也在不断地发展变化，表现在理论研究层面，则是技术侦查概念之外延的讨论。就目前的侦查实践来看，技术侦查的主要措施包括邮件检查、监听监控、秘密摄录等。同时，技术侦查措施的不断运用与拓展也蕴含着对公民隐私权的威胁的不断增长。为了最大限度实现这种威胁与技术侦查功能之间的平衡，世界主要法治国家逐渐将技术侦查纳入诉讼法治轨道。相比于普通侦查，技术侦查具备如下几个特征。

### 1. 高科技性。技术侦查能够使用各种先进的器

材，将现代电子侦听、电话监听和秘密监控等的科技运用到刑事犯罪侦查中，实现二者的有机结合，具有典型的高科技性。随着科学技术的飞速发展，技术侦查手段也在不断更新换代以更好地适应犯罪形势变化，尤其是在打击有组织的高科技犯罪以及恐怖主义犯罪时具有不可替代的效果。而普通侦查（常规侦查）通常手段如现场勘验、检查、讯问犯罪嫌疑人、询问被害人、证人、侦查实验、辨认等，这些手段的实施基本上依靠侦查人员的知识、技能和经验即可完成。<sup>①</sup>

2. 主动性或前瞻性。随着社会的发展，有计划、有预谋的新型犯罪形式的增加，常规的侦查手段难以适用新形势的需要，技术侦查作为典型的“主动性侦查（Proactive Investigation）”成为重要的侦查形式。与在传统的侦查方法中，警察往往于犯罪发生之后被动的、“反应型侦查（Reactive Investigation）”相比，技术侦查带有主动性或者前瞻性。有学者甚至将其称为一种设置于审判程序、审前程序之前的旨在主动发现采用常规侦查手段难以发现的犯罪信息的“前嫌疑阶段（pre-Suspicion Area）”。<sup>②</sup>

3. 潜在的权利侵犯性。基于以上分析，技术侦查自其产生之初便比其他侦查方式更具有权利侵犯的可能性，这里的权利主要指“隐私权”。<sup>③</sup>由此看来，高科技性、秘密性、主动性等都不是技术侦查的本质属性，技术侦查之所以被认为特殊，主要还是因为这类高科技秘密侦查手段涉及对公民通讯自由权、隐私权等的长期、持续地干预和限制，这种权利侵犯性是技术侦查“与生俱来”的；另一方面，在这样的前提之下，如果放纵对技术侦查权的控制，公民将面临着全方位、立体式的带有笼罩色彩的监控，这种态势威胁着法治国家存在的根基，有使其从法治国向警察国倒退的危险。<sup>[5]</sup>这也是技术侦查被世界多数法治国家通过立法加以规范的根本原因。

<sup>①</sup> 尽管勘验检查、辨认、侦查实验等与“技术”有关，但是这种关联是专业技能范畴的技术，通常称“刑事科学技术”，是通过长期的实践经验和科学研究积累而成的技能。

<sup>②</sup> See Barton L. Ingraham & Thomas P. Mauriello, *Police Investigation Handbook* 5-1, 1990.

<sup>③</sup> 在《布莱克法律词典》中，隐私权被认为是“包含在有秩序的自由中的各种权利，免受政府对个人关系或行为、个人对自己和家庭以及其他人的关系进行基本选择予以干扰的权利”；是“一个人为了保护他自己和财产免受公众细察的权利”。参见陈卫东主编：《刑事审前程序研究》，中国人民大学出版社，2004年版，第179页。

4. 专门性。技术侦查具有专门性，主要是指技术侦查适用范围的专门性。技术侦查措施应当针对那些即便穷尽了其他所有侦查手段仍不能够实现正当的侦查目的的刑事案件，技术侦查是“迫不得已”而采用的“最后手段”。鉴于技术侦查的以上之高科技性、潜在的权利侵犯性等特点，在“两害相权取其轻”的考量下，技术侦查的专门性还表现在其仅适用于特殊的重大复杂、性质恶劣、危害性大的刑事案件，而非一般的刑事案件。<sup>①</sup>

### （三）秘密侦查与技术侦查的比较

秘密侦查与技术侦查内涵与外延并非完全一致，技术侦查也没有相互包容的关系，秘密侦查并不总是高技术的，技术侦查也并非总是秘密的，二者的区别具体而言在形式、性质、规则等方面都是不同的。

1. 表现形式不同。从两者的表现形式来看，技术侦查往往通过先进的技术设备、手段，在侦查对象不知悉的前提下，秘密地发现犯罪事实，收集有关证据和线索，是一种“背对背”的侦查形式；而秘密侦查则是通过派遣侦查人员、线人耳目变换身份以后等潜入被侦查对象所在的区域，通过直接互动的方式，侦控、影响甚至诱发其犯罪，是一种“面对面”的侦查形式。

2. 手段性质与描述方式不同。从两种手段的性质与描述方式来看，技术侦查的技术性与隐密性是不可分割的，技术性或者高科技性，是指借助一定的科技设备对人类的感知能力加以延伸或提升，进而实现单靠人类自身能力和水平无法企及的目的；而随着科技的不断迭代，技术设备也不断更新，现有的技术侦查手段将不断淘汰、不断升级，新技术手段将时时涌现。技术侦查手段与卧底侦查、诱惑侦查等不同的一个突出体现便是，技术侦查手段的种类会随着科技的进步不断丰富。因此，法律上对其进行完全列举既不可能也没有必要；与之相对应的秘密侦查措施，则是以传统人力为载体、以欺瞒为主要外部特征的各类秘密性方式方法，包括卧底、线人（特情）和诱惑侦查等，因为此类手段通

常表现为改变身份进行侦查，<sup>[6]28-43</sup>有前述分析可以看到对于秘密侦查的概念与类型清晰且容易界定。

3. 权利干预与规制状况不同。从两种手段对权利的干预状况来看，其一，技术侦查的权力侵犯的客体较为明确，即主要是公民宪法性基本权利，具体围绕公民的隐私权利和自由；而秘密侦查的权力侵犯客体较为模糊，很难界定。其二，技术侦查对于权利干预的程度非常强烈而深入，这与其目标性强有直接的关系，如监听、邮件检查等；而秘密侦查对于权利的侵犯程度相对难以预测，这与它的“面对面”的互动形式有关系，行为方式上存在多种可能性，变数较大；与此同时，有关是否允许侦查人员在潜入被侦查对象内部期间从事违法犯罪行为的问题没有定论，也导致秘密侦查法治化的进程在世界范围内较技术侦查而言未达成基本的共识。例如，荷兰的刑事诉讼法第140条规定，诸如通讯记录、电话监听、进入私人住所这样的技术侦查措施须经检察官批准且侦查法官授权后方能使用；而对于线人侦查尤其是跨境的卧底侦查，则需要国家总检察长委员会与司法部长磋商后才能授权。<sup>[7]</sup>由此可见技术侦查与秘密侦查在司法控制方面存在差别。其三，技术侦查的权利受侵犯的范围更加广泛且不特定：一方面，如果对象的犯罪嫌疑通过侦查最终得以排除，则前期技侦手段的使用势必对其权利造成既有的侵犯；另一方面，许多技侦手段在实施过程中难以避免地波及到一些无辜者。<sup>[8]</sup>而秘密侦查的权力受侵犯的对象较为确定，范围较小，即主要是侦查人员所潜入的犯罪团伙。其四，从对权力规制的角度来看，基于技术侦查较之秘密侦查所具有的“技术性”的特点，在程序控制方面，技术侦查的授权主体无论是级别上还是在中立性、权威性上，都应比秘密侦查的授权主体要求更加严格。一方面，技术侦查存在技术上的“垄断性”，而秘密侦查如线人跟踪或者卧底侦查等，不需要先进的技术设备支持；另一方面，在权利的侵犯程度上，技术侦查较之秘密侦查更甚，且

<sup>①</sup>如美国《1968年综合犯罪控制与街道安全法》通过罪名列举的方式规定了秘密监听适用的范围；法国《刑事诉讼法典》第100条通过对刑罚的限定来规定通讯截留的适用范围；意大利《刑事诉讼法典》则采取罪名与刑罚种类相结合的方式规定监听的适用范围，且都作出了严格的限定。参见程雷：《秘密侦查比较研究》，第197~198页。

适用技术侦查的犯罪案件更多地发生于较为发达的地区，相反需要采取秘密侦查的案件往往发生在基层，如人迹罕至的乡村甚至国、边境地区，客观上对两者的审查主体提出了不同的要求。其五，在二者所获取的证据材料方面，“背对背”的侦查形式更容易隐蔽侦查行为，从而获取更加客观的犯罪线索与证据，证据形式多样，内容丰富、直观、证明力强。而“面对面”式的侦查随时有暴露的危险，对于侦查人员的安全及侦查效果是否达成都存在重大威胁，而且对于潜入犯罪内部的侦查人员的言辞证据应当如何认定存在很大的争议。这些问题有赖于在刑事程序法和证据法上进一步明确。

### 三、蓝本展望：法治视野下技术侦查材料查证规则

相比于普通侦查措施，秘密侦查与技术侦查都具备特别的功效，因而可以被总括为特别侦查。但正如上文所论述的，技术侦查与秘密侦查在表现形式、手段性质、描述方式以及对权利干预的状况、法治化的进程等多个方面存在差异，具有不同的特征，也不可简单混同规制。因而，应当在区分规范对象的基础上实现立法体系的完善。

#### （一）质证规则的区别规制

2012年《刑事诉讼法》“技术侦查措施”专节所涵盖的技术侦查具体措施既包括秘密侦查措施也包括技术侦查措施，规范了乔装侦查、控制下交付、监听监控、秘密拍摄等多种侦查措施。2012年公安部颁布的《公安机关办理刑事案件程序规定》第二百五十五条将技术侦查措施概况为：记录监控、行踪监控、通信监控、场所监控等。<sup>①</sup>“技术侦查措施”专节中对于秘密侦查和技术侦查的适用范围、适用细则、证据规则其实是混同规定的，然而这种混同忽视了秘密侦查与技术侦查的不同，对理论上认知、实践上适用都造成一定负面影响。因而，应当通过规范对象的细化，针对二者进行不同的规定。

根据2012年《刑事诉讼法》第一百五十二条以及相关司法解释，我国对技术侦查与秘密侦查是混同规定，都确立了一种质证原则例外的证据查证规

则，在必要的时候由法官在庭外核实。本身来说，这应当是一种最底线的做法，但由于“必要时候”范围不明，加上公权力自身的惰性，质证例外很可能导致必然性的质证原则消解。这意味着技术侦查所取得的证据材料的使用过程不必遵循通常的证据审查、判断规则与公开质证规则。从侦查主体的立场出发，这样的规定有利于最大程度地顾全技术侦查手段的保密性、有效性，但是却忽略了刑事审判和质证规则的基本要求，这有违审判中心诉讼制度下的证据裁判这一基本原则，长远来看也不利于技术侦查程序法治的推进。

在笔者看来，第一，技术侦查不同于秘密侦查，采用秘密侦查措施后，在刑事诉讼中要考虑到对于卧底人员以及线人的人身安全的保护以及对有关案件进一步侦查的需要，因此刑事诉讼对于秘密侦查证据有不公开的需求，质证原则的例外可以考虑对秘密侦查证据的庭审过程中有条件地适用。但技术侦查既然已经使用了技术手段得到了有关证据材料，其并不存在保护公民人身安全或者进一步侦查的必要情况，基本不存在不公开所获证据的理由，因此，质证原则的例外并非适用于技术侦查证据。第二，对于侦查机关通过技术侦查措施所获取的任何证据材料，无论是视听资料、电子数据，还是物证、书证、证人证言等，都应将其纳入法庭调查与辩论程序之中，未经当庭出示、质证和辩论，任何技术侦查材料都不能被成为裁判者定案的根据，这是程序正义以及证据裁判原则最起码的要求。<sup>[9]</sup>第三，技术侦查措施通常是高科技技术的，为了避免技术方法的暴露以使犯罪分子有机会提高反侦查意识与能力，法院在组织对这类证据的举证、质证程序时，应当采取必要的保护措施，保护技术方法不外泄，但证据材料本身不应当被排除在控辩双方参与之外。即对于技术侦查所获取的证据在审判中应当充分适用质证原则，避免法官在庭外查证的做法。

#### （二）设置技术侦查程序性违法法律后果

现行《刑事诉讼法》“技术侦查措施”专节已经初步构建了技术侦查的适用规范，然而规范并不

<sup>①</sup> 《公安机关办理刑事案件程序规定》第二百五十五条：“技术侦查措施是指由设区的市一级以上公安机关负责技术侦查的部门实施的记录监控、行踪监控、通信监控、场所监控等措施。”

完善，在实体、程序和证据方面都存在诸多问题。在以审判为中心的诉讼改革背景下，考虑证据的可采性规则，以审判中的证据规则来引导侦查行为的合法化、规范化，显得尤为重要。因为技术侦查对公民基本权利的潜在危险性，各国都普遍通过立法对技术侦查的适用予以严格规制，也通过非法证据排除规则将违法收集到的证据材料排除在定案之外。一般认为违反限制技术侦查的核心规定会导致排除非法证据，如非法监听、明显违反司法令状制度、违反封存规定所获得的材料不得作为证据；德国法和日本法承认非法窃听或非法监听所获材料进而派生的其他材料的证据效力，即排除了毒树之果规则的适用。<sup>[10]217</sup>我国在现行《刑事诉讼法》第五十五条规定了非法证据排除规则，但也仅仅是作出了一般性规定，在目前技术侦查证据本身都难以提交法庭上进行举证质证的情形下，非法证据排除无从谈起。

笔者认为，相比于普通侦查措施，技术侦查措施更具有特殊的功效，对于部分犯罪的侦查具有不可替代的作用，但也具有隐蔽性和威胁性，它对公民隐私权造成了直接的侵犯，因而要设置系统的技术侦查程序性违法法律后果。通过区分技术侦查的违法类别与程度，对于一般违法，仅构成瑕疵证据，允许补正，在能够补正或做出合理解释的情况下则可以作为证据使用；但对于严重违法，如主体不适格、条件不具备等，则应当排除该证据。并且应当考虑在技术侦查证据中设立“毒树之果”原则，排除技术侦查严重违法收集到的衍生证据，消除侦查机关肆意提起技术侦查的动力，真正将技术侦查作为侦查的最后手段。<sup>[11]</sup>

### （三）技术侦查案件辩护权利保障

近代以来，律师有效参与下的辩护权不仅是实现审判公正的必然要求，其本身也是程序本位的应有内涵。辩护权的有效行使是充分监督制约公权力的重要手段。在技术侦查案件中尤为如此。法治发达国家在技术侦查案件中大都赋予被追诉方独有的辩护权利，如：1）对技术侦查证据材料的审核权、申请鉴定权和申请检查权。如法国《刑事诉讼法典》赋予了被告人若干权利以对抗强大的追诉机关；2）对技术侦查措施或者其所获材料提出异议的权利。对于法官、检察官或者警察对技术侦查的

行为作出一些不当裁决时，当事人有权向法院或者法官申请变更或者撤销。此外，与法治发达国家有关技术侦查的程序性规定较为详尽，辩护方在审判阶段的辩护权行使往往能够发挥“程序性辩护”的优势。

笔者认为，技术侦查案件辩护制度的完善实际上与证据制度、程序性法律后果的设置等权利救济制度的完善密切相关。而我国刑事诉讼法在以上制度的规定上都存在明显缺位，导致审判程序中被追诉方的辩护权岌岌可危。有学者认为，程序性辩护之所以在我国实践中没有成为典型的辩护方法，一个重要的原因是缺乏法律的明确规定。举例说明，在技术侦查案件审判程序中引入程序性辩护的方法，使辩护律师一方面，庭前会议阶段提出排除可能存在的非法证据，在庭审阶段有条件对此加以辩护；另一方面在法庭上，针对相关证据不应进行庭外核实而对技术侦查方法的保护的必要性等进行论证，这便需要以刑事诉讼法明确、充分地肯定了技术侦查非法证据排除的规则和后果为前提。<sup>[12]</sup>

### （四）立法体系的优化与完善

我国刑事诉讼法法典经历了两次大修，正在进行第三次修改，但一直保留着1979年《刑事诉讼法》的基本框架结构，而这部四十年前的法典正是典型的职权主义思想下的立法反应，它从立案到侦查，再到审查起诉，接着是审判与执行程序，体现了我国刑事诉讼流水线式的作业方式，体现的是侦查中心诉讼构造。现行刑事诉讼法中“技术侦查措施”专节在体例上属于侦查一章，但在其内容却规定了审判人员的行为，也规定了审判中对于技术侦查证据审查规则，因而显得突兀与不合适。

审判中心是现代刑事诉讼的基本要求，这一要求在立法上要求打破阶段化、各管一段的立法模式。比如《法国刑事诉讼法》就直接围绕审判展开，第一卷是提起公诉和进行预审，并将侦讯与监控作为一编规定在其中，此后各卷为审判、上诉、特别程序、执行程序。《德国刑事诉讼法》则在第一编通则中对刑事诉讼管辖、期间送达、辩护制度等以及侦查措施，之后各编为一审、救济、再审、自诉以及特别程序。将法外内容纳入法制轨道是一回事，规则体系是否符合现代法治与人权保障的要求，而立法的科学化则是更高的追求，但却对法律

的运行产生更为更远的影响。因此，在刑事诉讼法第三次修改之际，如果能够对立法本身的技术与体系进行研究，则意义更为深远。

#### 参考文献：

- [1]冀祥德. 中国刑事诉讼法学的发展与展望[M]. 北京：方志出版社，2013.
- [2]刘仁文，马可. 技术侦查资料应提交法庭质证[N]. 人民法院报，2015-05-06.
- [3]刘丽梅. 卧底侦查的价值冲突与法律规制[J]. 净月学刊，2013，(1): 40-45.
- [4]朱朝亮. 非正规侦查之类型及其搜证效力（上）[J]. 月旦法学教室，(90).
- [5]万毅. 解读“技术侦查”与“乔装侦查”——以《刑事诉讼法修正案》为中心的规范分析[J]. 现代法学，2012，(6): 180-183.

- [6]程雷. 秘密侦查比较研究：以美、德、荷、英四国为样本的分析[M]. 北京：中国人民公安大学出版社，2008.
- [7]帕尔特·海因·凡·科姆普恩. 荷兰刑事诉讼程序权利保障及其新发展[J]. 倪铁，陈波，译. 犯罪研究，2013，(1): 104.
- [8]刘晨琦. 论我国技术侦查措施的法律规制[J]. 湖北警官学院学报，2014，(3): 25-28.
- [9]陈瑞华，杨茂宏. 论两种特殊证据的刑事证据资格[J]. 人民检察，2014，(13): 5-9.
- [10]托马斯·魏根特. 德国刑事诉讼程序[M]. 岳礼玲，温小洁，译. 北京：中国政法大学出版社，2004.
- [11]王东. 技术侦查的法律规制[J]. 中国法学，2014，(5): 273-283.
- [12]王敏远. 刑事辩护中的程序性辩护[N]. 法制日报，2001-11-23.

责任编辑：马 睿

## A Study on the Legislation of Evidence Review Rules of Technical Investigation in China

### —Take Article 152 of Current Criminal Procedure Law as the Research Object

Liu Chen-qi

(Graduate School, Chinese Academy of Social Science, Beijing 102488, China)

**Abstract:** While affirming the overall progress of the legislation on technical investigation, we shall not ignore the defects in the legislative design of the newly-added Chapter 2 Section 8 of the current Criminal Procedure Law, which conflicts with the relevant systems of criminal procedure and deviates from the reform of the criminal procedure system, which is centered on the trial. These defects are not conducive to the exertion of the procedural control function of the criminal procedure and the effective realization of the two purposes of punishing crime and protecting human rights. At the time of the further revision of the Criminal Procedure Law, it is necessary to raise again the problems in the legislative design of the section on “Technical investigation measures” in order to further improve the content of the law and related judicial interpretations. In particular, the fact that “secret investigation” measures and “technical investigation” are different special investigative methods are clarified, and the nature of the two measures and the different application of the criminal procedure system to the two are defined so that the implementation of criminal procedure law in judicial practice can be carried out more effectively in accordance with the legislative intent.

**Key words:** technical investigation; secret investigation; evidence review rules; legislative design