

## 秘密侦查之法治化

熊秋红\*

科学技术的高度发展已经成为我们所处的这个时代的重要特征。科学技术的发展在带来社会生产力和人们生活水平极大提高的同时,也对个人的权利和自由提出了极大的挑战,这种挑战在涉及公民个人隐私权的领域显得尤为引人注目。对公民个人隐私权的干扰和侵犯可能来自于国家或者个人,对隐私权的保护也因此可分为公法保护和私法保护两个方面。中国目前主要依靠民法来保护隐私权,公法领域的隐私权保护明显不足。宪法和刑事诉讼法均未对隐私权的保护做出明确而严格的规范。在刑事诉讼中,与公民个人财产权和隐私权直接相关的搜查和扣押不需中立的第三者审查,而是由侦查机关自行决定,搜查的启动没有实质要件的要求,违法搜查行为在程序上没有规定相应的后果,导致司法实践中搜查权与扣押权极易被滥用。而对于秘密侦查,这种使用概率越来越高、对公民隐私权威胁越来越大的侦查行为,刑事诉讼法甚至没有片言只语予以规范,只有《人民警察法》作了简单的“授权性规定”。与搜查和扣押相比,秘密侦查权的行使更大程度上委诸于侦查机关的自由裁量。这种状况与国际社会如火如荼的保护公民隐私权的呼声形成了极大的反差。与立法上的薄弱相互呼应的是,学界对于秘密侦查问题的研究在深度和广度上显得明显不足。一方面,我们对于国外的相关立法、实践及其最新发展状况缺乏深入、系统、准确地了解;另一方面,我们对于本国秘密侦查的实践状况知之甚少,既未见专门的实证性研究成果问世,也难见媒体对于“非法”的秘密侦查予以曝光。在一定意义上,秘密侦查成了中国刑事司法中的一块看不见、摸不着的“黑幕”。在司法实践中,秘密侦查遵守了“严格的批准手续”吗?公安机关在哪些案件中使用秘密侦查手段?每年在全国范围内有多少刑事案件采用了秘密侦查方式?是否存在着秘密侦查权被普遍滥用的现象?对于上述问题,我们显然难以做出回答。不过,可以明确的是:在中国宪法已将“国家尊重和保障人权”明文载入的前提之下,刑事诉讼立法不应对秘密侦查问题继续采取回避的态度。在1996年的刑事诉讼法修改中,秘密侦查问题成了“被遗忘的角落”;在此次刑事诉讼法的再修改过程中,应当在借鉴他国经验教训的基础上,努力推进秘密侦查的法治化,加强公民权利的保障。

\* 中国社会科学院法学研究所研究员。感谢美国耶鲁大学法学院中国法中心对该项研究的支持。

## 一、从常规侦查到秘密侦查——侦查方式之演进

什么是秘密侦查?这似乎是一个不言自明的问题。但是,从规范法学的角度来看,对“秘密侦查”的界定并非一蹴而就。在中国,与“秘密侦查”在相同或者相似意义上使用的术语还有“技术侦察”、“技术侦查”、“特殊侦查”等。细究起来,这些概念的含义并不完全等同。比如,人类社会早期在侦查犯罪时采用布设耳目、化妆、圈套诱惑、跟踪监视等方法,这些方法因其实施方式的隐秘性可以称为“秘密侦查”,但它们并不带有很强的技术性,似乎难以全部归为“技术侦察”或者“技术侦查”。在刑事诉讼中,有时将讯问、询问、勘验、检查、搜查、扣押、鉴定等侦查方法称之为“普通侦查”或者“常规侦查”,而将“控制下交付、电子或其它形式的监视和特工行动”等称之为“特殊侦查”。<sup>[1]</sup>有学者认为,秘密侦查在外延上广于技术侦查,技术侦查指侦查机关运用技术装备调查作案人和案件证据,包括电子监听、秘密录像、秘密拍照、用机器设备排查、传送个人情况数据以及用机器设备对比数据等;而秘密侦查除了包括技术侦查之外,还包括邮检、情报员(即线人)、诱捕等。<sup>[2]</sup>这样的界定根据何在,实令人疑惑。因为“用机器设备排查、传送个人情况数据以及用机器设备对比数据等”在侦查方式上似乎并不具有秘密性,而有些秘密侦查手段则并不带有技术性,因此,秘密侦查与技术侦查之间很难得出“大小包含”的结论。此外,“技术侦查”与“技术侦察”也有细微的区别,后者更加强调查手段的隐秘性。另有学者认为,秘密侦查是指侦查机关和人员采取隐瞒身份、目的、手段的方法,在侦查对象不知晓的情况下,发现犯罪线索,收集犯罪证据,乃至抓捕犯罪嫌疑人的活动;秘密侦查的方法具体包括秘密监听、秘密录音、秘密照相、秘密录像、秘密辨认、秘密搜查、秘密提取、跟踪监视、控制通讯、耳目卧底、圈套诱惑等。<sup>[3]</sup>这样的界定着重于从字面含义上进行解释,其在法律规范上的意义体现得并不充分。

笔者认为,专注于从“望文生义”的角度或者以一种想当然的方式来解释秘密侦查、技术侦察、技术侦查、特殊侦查等概念及其相互之间的关系,不仅会造成人们认识上的混乱,而且会冲淡应有的“问题意识”。在谈到上述概念时,我们可能需要问:这些概念背后实际需要法律解决的问题究竟是什么?当我们把视野放在世界范围内进行考察时,不难发现:各国对于“秘密侦查”的法律规范主要涉及两类问题:一类是卧底侦查、诱惑侦查等措施的使用;另一类是秘密录音、秘密录像、电话窃听、互联网上信息监察等方法的使用。<sup>[4]</sup>联合国《打击跨国组织犯罪公约》和《反腐败公约》列举了控制下交付、电子或其它形式的监视和特工行动等“特殊侦查手段”。无论采取哪一种说法,关键是要准确把握立法所应关注的基本问题。在本文中,笔者权且采取“秘密侦查”的说法,以突出上述所列各种侦查方法的“秘密性”。在德国,也有学者采用“秘密侦查”的表述方式,认为秘密侦查就是“秘密收集调查对象信息的侦查方

[1] 联合国《打击跨国组织犯罪公约》第20条和《反腐败公约》第50条使用了“特殊侦查手段”的说法。

[2] 万毅:“西方国家刑事侦查中的技术侦查措施研究”,《公安理论与实践·上海公安专科学校学报》1999年第4期。

[3] 何家弘:“秘密侦查立法之我见”,<http://www.jcrb.com/zyw/n477/ca334741.htm>, 2006年1月。

[4] See Allen, Hoffman, Livingston, Stuntz, *Comprehensive Criminal Procedure*, Second Edition, 2005, Aspen Publishers, pp. 945-1032.

法”〔5〕

秘密侦查方式在刑事诉讼中的使用以及具体方法的更新在总体上与社会的变迁以及犯罪形态的变化相适应。在传统的刑事侦查中,警察往往扮演被动的、回应性的角色,他们在街上巡逻,面对街头斗殴、帮派械斗、群体性骚乱、盗窃抢劫等做出反应,帮助那些需要帮助的人,以维护社会秩序的稳定。传统的刑事侦查很大程度上体现为对已发生的“街道犯罪”的一种回应。犯罪发生之后,被害人或者证人举报至警察局,警察赶赴犯罪现场进行勘验、检查,询问知晓案件情况的有关人员,展开确定犯罪嫌疑人、收集证据等活动。这样的侦查可称之为“回应性侦查”,警察通常采用常规的侦查方法。由于社会的发展,城市化、工业化进程的加快,陌生人之间的交流增多、电子信息交流增多,有计划、有预谋的新型犯罪形式如伪造货币、走私毒品等增多,导致犯罪证据难以收集。在毒品犯罪、走私犯罪、腐败犯罪、欺诈犯罪、恐怖犯罪等复杂犯罪中,仅仅使用常规的侦查手段往往难以奏效。在这些犯罪中,侦查的启动有时并非基于被害人和证人的举报,而是某些可靠的犯罪线索。复杂犯罪的侦查有时需要较长的周期,需要投入更多的资源。在复杂犯罪的侦查中,秘密监听手段的使用起着举足轻重的作用,比如在有组织犯罪中,被害人和证人可能受到威胁不敢举报犯罪,而警察也难以潜入犯罪组织内部进行卧底侦查,此时通讯监听成为重要的侦查手段。〔6〕此外,在现代法制国家日益重视人权保障,犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼中的一系列权利被铭刻于法律之中,警察在追究犯罪时面临越来越严格的考验。在这种情况下,他们越来越多地求助于非对抗的方式,如采取使用耳目、设置陷阱、监听通信等秘密侦查手段,而现代科学技术的发展为警察使用秘密侦查手段提供了强有力的支持。〔7〕

刑事侦查方式经历了从常规侦查到秘密侦查的演进。尽管在刑事司法实践中,秘密侦查并未取代常规侦查成为刑事侦查的主流方式,但是,秘密侦查措施的采用意味着公共权力以一种悄无声息的方式潜入了人们的生活,在一个公民权利应当受到尊重和保护的法治社会中,我们有理由对于这样的权力侵入保持警醒。在刑事诉讼的历史上,常规侦查曾经经历过规范化、法治化的过程,同样地,秘密侦查也需要进行规范化与法治化的洗礼。

## 二、追究犯罪与保障人权——两种利益之冲突

秘密侦查方法在刑事诉讼中的使用已经成为一个不争的事实。由于秘密侦查具有不易为对方所察觉和易渗透到犯罪行为过程之中等特点,所以具有常规侦查所不具有的特殊功能,能够更有效地打击犯罪。但是,这种方法的使用往往会侵犯侦查对象的合法权利。在各种秘密侦查方法中,通讯监听是用途最广的一种,也是最有侵权争议的一种。

在两类秘密侦查方法中,卧底侦查、诱惑侦查等可谓自古有之,在现代社会中这一类的犯罪侦查方式仍在起作用,虽然形式上有所改变,此类方法并不带有明显的高科技色彩。在运用此类方法时,有些较为简单,如典型的毒品买卖案件,秘密侦查员假称要购买少量毒品,与犯罪

〔5〕 托马斯·魏根特:“德国刑事诉讼程序的改革:趋势和冲突领域”,樊文译,中国法学网,2006-11-21。

〔6〕 See Allen, Hoffman, Livingston, Stuntz, *Comprehensive Criminal Procedure*, Second Edition, 2005, Aspen Publishers, pp. 945-1032.

〔7〕 有学者说,秘密取证现已成为现代普通法系国家的地方性流行病。See Geoffrey Robertson: “Entrapment Evidence: Mannafrom Heaven or Fruit of the Poisoned Tree?” Q. C. Crim. L. R805(1994).

嫌疑人交易时将其擒获;有些则较为复杂,需要秘密侦查员或称卧底警探<sup>[8]</sup>使用计谋,潜入犯罪组织内部,收集犯罪证据并安排适当的破案时机。在有组织犯罪、毒品犯罪、枪支买卖等犯罪中,此类方法有时具有突破一般侦查方法瓶颈之功效,故而有学者说:“卧底侦查是险招、也是胜招,还是最后不得已的绝招。”<sup>[9]</sup>

卧底警探的身份必须隐匿,因此不得使用伪造的证件资料与人交往;卧底期间必然涉入各种违法犯罪活动;卧底期间有很高的危险性,包括被犯罪组织识破而被杀害的危险,以及被其他刑事侦查机关在逮捕时误杀的危险。犯罪组织瓦解后,卧底警探的身份可能有必要继续保密,因此,对被告人辩护权的行使构成妨碍。以上种种,决定了卧底侦查只能在特定情形下使用。在刑事侦查中,比卧底警探更为频繁使用的是线民。线民一般不出庭作证,使得被告人无法行使对其不利的证人进行对质的权利。为了诱捕潜在的犯罪人,警察有时采用乔装侦查手段。在乔装侦查、卧底侦查中,都可能涉及侦查陷阱的设置,此即所谓“诱惑侦查”。诱惑侦查乃是鉴于侦破特殊案件的需要而产生,然而一旦被滥用,将产生侦查人员刺激和诱导犯罪的后果。在一般的刑事侦查中,警察讯问犯罪嫌疑人,要告知其享有沉默权、委托律师帮助权等,但是,卧底警探、卧底者、线民等“受国家委托进行侦查”,却规避了刑事诉讼法上的“告知”义务;更有甚者,由于在破案后其身份可能继续保密,他们有时成为“匿名证人”,被告人无法在公开的法庭上对其证言行使质证权。

科学技术的进步,导致秘密侦查的可能性明显扩大。对有线电话搭线窃听(wiretap)、安装窃听器(bugging)、电子监听(electronic surveillance)等,这些手段被侦查机关用来秘密听取侦查对象的口头通讯内容。秘密监听手段的采用与电话的使用相联系,移动电话技术的发展扩大了人们对手机的使用,通讯监听日益成为收集有关犯罪信息的重要手段。计算机技术的发展,使得人们越来越多地通过互联网交流、传送信息,从事商业活动,计算机犯罪以及计算机在犯罪活动中所起的作用随之得以扩展。在这种情况下,秘密监听的范围逐渐从对电话的窃听发展到对互联网上所传送的信息的监察与拦截。新的秘密侦查技术还包括影像录制、热成像仪(thermal imagers)、<sup>[10]</sup>笔捕捉器(pen trap devices)、<sup>[11]</sup>卫星监测等。上述秘密侦查方式,笔者权且称之为“技术侦察”,以区别于传统的秘密侦查。

技术侦察手段的运用,对公民的隐私权构成了极大的威胁。技术侦察使得警察可以获得有关犯罪的关键信息而没有被发现的危险,更重要的是,该技术使警察可以“知道全部、看见全部、控制全部”。<sup>[12]</sup> 隐私权是自然人所享有的私人生活安宁与私人信息不被他人非法侵扰、

[8] 与卧底有关的概念有四种:诱饵(捕)、线民、卧底者、卧底警探。乔装侦查不是用来对付有组织犯罪或其他重大犯罪,而是用来诱捕某些潜在的犯罪人。乔装侦查者虽然掩饰真实身份,不过只是短期地使用化名,乔装侦查属任意侦查手段,不带有强制处分性质;线民是指受信赖,且有意愿,就个别犯罪事件向警方提供消息的人,线民扮演告发人的角色,侦查机关可能有计划地使用线民,并发给奖金;卧底者是不属于侦查机关、没有公务员身份的人,在不定期内受信赖,且有意愿,身份保密,通常领有报酬,混迹于犯罪族群,协作侦查犯罪;卧底警探具有公务员身份,被特别挑选,隐瞒真实身份,长期潜入犯罪组织,使用化名,伪造许多证件材料,并持之从事交易,破案后,其真实身份、档案材料继续保密,因而对于被指控人的辩护权构成相当程度的妨害。参见傅美惠:《卧底侦查之刑事法与公法问题研究》,元照出版社2001年版,页49以下。

[9] 傅美惠:《卧底侦查之刑事法与公法问题研究》,元照出版社2001年版,页47。

[10] 也称“热探测仪(heat detection device)”,用以探查房间内的热度。

[11] 被用来跟踪和纪录从某一地点进出的电话号码,但并不对通讯内容进行窃听。

[12] Elizabeth Gillingham Daily: "Beyond 'Persons, Houses, and Effects': Rewrite the Fourth Amendment for National Security Surveillance," 10 Lewis & Clark L. Rev. 641, Fall 2006, p. 644.

知悉、搜集、利用和公开的一项人格权。<sup>[13]</sup> 简言之,隐私权是自然人保有其个人私生活秘密并排除他人非法侵犯的权利。<sup>[14]</sup> 它所保护的客体是私人信息、私人活动和私人空间,具体包括隐私隐瞒权、隐私利用权、隐私支配权和隐私维护权等四项权能。<sup>[15]</sup> 有学者将隐私权的内涵概括为三个方面:(1)基于宪法秘密通讯自由及其他于此一规定,而由法律加以保护之隐私利益;(2)基于安适生活之需要,为求不受干扰之隐私利益;(3)基于现代自动化资讯处理之发达与普遍,为控制关于自己之资料之隐私利益。<sup>[16]</sup> 隐私权为自然人所享有的各种具体人格权中较晚出现的一种类型,但在现代民法乃至宪法上,隐私权的保护却成为最为引人注目的问题之一。

人类的“隐私”意识最早源自于人类的羞耻心。《圣经》上说:当夏娃、亚当受蛇的诱惑,偷吃了伊甸园中知善恶树上的果子,“他们二人的眼睛就明亮了,才知道自己是赤身裸体,便拿无花果树的叶子,为自己编作裙子。”<sup>[17]</sup> 隐私意识萌生本身说明个人希望在社会中保有自己的秘密,与他人保持一定的距离,以维护内心世界的宁静。<sup>[18]</sup> 在现代社会,隐私与公民的人格尊严、精神安宁、个人自由等息息相关。

英美素有尊重个人隐私的传统,法谚云:“每个人的家就是他的城堡(Every man's house is his castle).”19世纪末,美国人沃伦(Warren)和布兰代斯(Brandeis)凭据私人信件受法律保护问题,提出了“隐私权”这一概念,他们在《论隐私权》一文中提出:“紧张而又复杂的社会生活曾经推动过人类文明,但经过文明熏陶的人们,对于公开化变得更为敏感,因而隐私对人们来说变得更为重要。”“时至今日,生命的权利已经变得意味着享受生活的权利——即不受干涉的权利”,每个人都有权决定“他的思想、观点和情感在多大程度上与他人分享”。<sup>[19]</sup>

“隐私权”的观念产生于一定的社会条件与文化环境:从主观上讲,如果没有将个人空间与公共空间相分离的强烈愿望和必要,如果这种分离不被认为具有支配个人生活之安宁和幸福之重要价值,则“隐私”的观念大概是不会产生的;从客观上讲,如果一定的物质生活方式和条件基本不能形成破坏个人秘密空间的重大威胁,或者即使有所破坏,也不至于造成对个人自由、安全和尊严的严重损害,则“隐私”也大概不至于成其为一项重要权利而需要法律的特别保护。“隐私权”是一个受时间和文化制约的概念,是生活的紧张和复杂度以及文明演进的必然产物。<sup>[20]</sup> 在现代社会,当个人生活空间的保有成为现代人过分“紧张的生活”之必须,个人秘密之保留成为个人自由最重要之部分时,“隐私”才因此成为人格权之独立标的,成为公法与私法保护的客体。<sup>[21]</sup> 隐私权法律保护的背后,蕴含着人类对自身的尊严、价值和权利的认识。

隐私权的核心是保护个人的思想、谈话和行为不受非法侵犯。在现代社会中它涉及大量

[13] 张新宝:《隐私权的法律保护》,群众出版社1997年版,页21。

[14] 尹田:“自然人具体人格权的法律探讨”,《河南省政法管理干部学院学报》2004年第3期。

[15] 杨立新:“关于隐私权及其保护的几个问题”,《人民检察》2000年第1期。

[16] 吴汉东:“知识产权VS.人权:冲突、交叉与协调”,《中国知识产权报》2001年11月1日第3版。

[17] 这是基督教关于人类隐私意识发端的描述,见《圣经》创世纪第三章第7节。

[18] 郭卫华:《新闻侵权热点问题研究》,人民法院出版社2000年版,页82。

[19] See Warren and Brandeis: “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, vol. 4, no5, pp. 193 - 219, December 15, 1890.

[20] 尹田,见前注[14]。

[21] 尹田,见前注[14]。

的争议,包括未经许可不受媒体和其他公民侵扰的权利,从事隐秘的同性恋行为的权利,自我做出生育选择的权利,免受政府干预的权利,等等。<sup>[22]</sup>自19世纪末美国人沃伦和布兰代斯提出隐私权这一概念以来,隐私权已从传统的“个人生活安宁不受干扰”的消极权利演变为现代的具有积极权利意义的“信息隐私权”、“资讯隐私权”。但与此同时,“社会不是在向着有利保护公民个人隐私的方向发展,相反,现代科技尤其是电子信息技术的发展以及大众传播媒介对市民生活深刻而广泛的影响,使得公民隐私权的保护变得更为迫切。”<sup>[23]</sup>

在现代法治国家中,通讯自由、通讯秘密和个人隐私是公民在社会生活中应该享有的基本权利,也是公民在社会中享受不受干扰之安宁生活的基本内涵。秘密监听个人之间的电话通讯、私密性谈话或者秘密监察个人之间的电子邮件,直接威胁到公民的隐私权,是一种干预公民基本权利的侦查方法。正如有学者所言,“一个人很难想象在政府的所有行为中有什么比通讯监听更能威胁到个人的隐私权”<sup>[24]</sup>“秘密侦查方法的广泛使用造成了显著的、迄今在法律上还没有克服的、国家的澄清(犯罪行为嫌疑)利益和保护个人尊严、私人领域和个人交往的个体根本利益之间的紧张关系。”<sup>[25]</sup>

### 三、秘密侦查之法治化——利益冲突之协调

对秘密侦查进行法律规制,其核心在于如何协调公共利益与个人利益之间的冲突。从世界大多数国家关于秘密侦查的法律规定看,普遍将重点放在对技术侦察的法律规范;在一些国家或地区,将卧底侦查和诱惑侦查也纳入了法律规范的轨道。在美国,对于通讯监听措施的采用,存在着激烈的争论。有学者认为:这种措施太危险了,在任何情况下都不能使用;还有学者认为:只有在保护国家安全并且严格规范的前提下才可考虑使用这一措施;另有学者认为:监听措施可以在保护国家安全和追究严重犯罪(如有组织犯罪)两种情况下使用,法律应当对通讯监听的适用条件进行严格限制。<sup>[26]</sup>从国际和区域性人权公约到现代法治国家的国内法,在立法精神上大体对秘密侦查的使用采取第三种立场。

#### (一) 国际人权法上的规定

《世界人权宣言》第12条规定:“任何人的私生活、家庭、住宅和通信不得任意干涉。”《公民权利和政治权利国际公约》第17条规定:“任何人的私生活、家庭、住宅或通信不得加以任意或非法干涉。”联合国人权事务委员会关于公约的一般性意见第16条指出:国家应当采取立法和其他措施保障公民的隐私权不受任意或者非法的干涉和侵犯,对于隐私权的干预必须依法而行,国家的法律本身必须与公约的规定、目标和宗旨相一致,无论如何,在特定情形下对隐私权的干预必须具有合理性。《欧洲人权公约》第8条规定:“人人有权使他的私人和家庭生活,他的家庭和通信受到尊重。公共机关不得干预上述权利的行使,但是依照法律的干预以

[22] Surveillance, Basic Law Article 30, and the Right to Privacy in Hong Kong, Hong Kong Human Rights Monitor, October 2005.

[23] 吴汉东,见前注[16]。

[24] Duarte(1990) 65 DLR(4th)240.

[25] 魏根特,见前注[5]。

[26] See Susan Freiwald: “Online Surveillance: Remembering the Lessons of the Wiretap Act”, 56 Ala. L. Rev. 9, Fall 2004, p. 23.

及在民主社会中为了国家安全,公共安全或国家的经济福利的利益,为了防止混乱或犯罪、为了保护健康或道德、或为了保护他人的权利与自由,有必要进行干预者,不在此限。”《美洲人权公约》第 11 条规定:“不得对任何人的私生活、家庭、住宅或者通信加以任意或不正的干涉,或者对其荣誉或名誉进行非法攻击。”

1973 年,联合国秘书长在题为“尊重个人隐私”(Respect for the Privacy of Individuals)的报告中指出:

大量的侵犯隐私的行为妨碍了人们的自由,而且经常是有意的。当这种侵犯是在偷偷摸摸地暗中进行时,就更加妨碍人们的自由,如电子监听、暗中监视、私下告密、设置圈套和心理测试等,当人们意识到时就已经太晚了。整个社会变得充满恐惧,没有人能够被信任,无论是他的家人、朋友抑或是同事;事实上,一个人也许会被导致不断地怀疑自己,因为他的自我实现的努力往往与当局的规范相冲突。这种信任的毁灭是对自由社会的一个主要危险……因雇佣、住房、保险及其他事务所进行的详细调查,隐藏的但令人怀疑的装在盥洗室中的摄像机,心理测试和测谎仪器——所有这些用以刺探他人的隐秘的、且常常是无意识的生活细节的装置,使人们产生了一种普遍的不安全感,它压抑着人们,使人们丧失责任心,迫使人们由于恐惧而趋于同一。<sup>[27]</sup>

上述情形的发生,是国际人权公约将隐私权的保护载入其中的重要原因。

欧洲人权法院在一些判例中,对通讯监听的标准作了要求。如在马隆诉英国(Malone v. United Kingdom)一案<sup>[28]</sup>中,人权法院指出:通讯监听应由国内法(无论是成文法还是习惯法)予以规范。由于监听措施的采用对公民所享有的私人生活和通讯秘密应被尊重的权利构成了潜在的威胁,因此,法律的规定应当特别明确,使公民知晓该公共权力在哪些情形下、依哪些条件才能行使。只有如此,才符合法治原则。在科翰诉英国(Khan v. United Kingdom)一案<sup>[29]</sup>中,人权法院进一步指出,批准实施通讯监听需要遵循下列标准:1. 侦查涉及严重犯罪;2. 常规的侦查方式已被尝试,未获成功;情况表明,如不试着采用秘密监听手段,侦查将不可能获得成功;3. 必须有理由相信,该措施的使用将可能导致对监听对象的逮捕和定罪,或者对恐怖主义行为的预防;4. 该措施的采用必须具有适宜性,批准实施秘密侦查的官员应当确信,实施秘密监听对隐私权的侵犯程度与被监听的犯罪的严重程度相适应。人权法院认为:尽管在英国 1997 年《警察法》作为基本的法律框架,但并没有相应的法律规范警察的秘密侦查行为,而内政部的条例不具有法律效力,也不为公众所获知,因此,警察对当事人的窃听行为,不能认为是符合《欧洲人权公约》第 8 条规定的“依照法律”而为的合法行为,构成了对公约第 8 条的违反。

《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条第 3 款第 e 项和《欧洲人权公约》第 6 条第 3 款第 d 项规定:被指控人享有“讯问或业已讯问对他不利的证人,并使对他有利的证人在与对他

[27] Warren Freedman, *The Right of Privacy in the Computer Age*, Quorum Books, 1987, p. 122. 转引自王利明、杨立新:《人格权与新闻侵权》,中国方正出版社 2000 年版,页 445。

[28] *Malone v. United Kingdom*, (1984)7ECHR14.

[29] *Khan v. United Kingdom*, (2000)ECHR 194, 12 May 2000.

不利的证人相同的条件下出庭和受讯问”的权利。卧底警探、卧底者、线民等如果不在公开的法庭上作证,即可能构成对公约的违反。欧洲人权法院在温迪奇诉奥地利(Windisch v. Austria)、<sup>[30]</sup>莫歇伦诉荷兰(Van Mechelen and Others v. the Netherlands)<sup>[31]</sup>等案件中的判决表明了这一立场。人权法院在莫歇伦诉荷兰案的评论中指出:负责逮捕的警察原则上应当在公开的法庭上作证,应当给予被告人充分的机会对证人进行质证。只有在例外的情形下,才允许证人匿名作证。比如,有充分的理由相信匿名作证的目的是为了为了保护警察和他的家庭或者避免对其未来行动造成损害。匿名证人的证言不能作为判决被告人有罪的唯一证据或者决定性证据。在该案中,警察单独接受预审法官的询问,被告人及其律师被排除之外,他们未被告知警察的身份,未能通过直接询问观察证人的举止,检验其证言的可靠性。关于匿名作证的正当性,未作充分解释,而且匿名警察的陈述是判决被告人有罪的唯一依据。据此,人权法院认为,该案构成了对《欧洲人权公约》第6条第1款和第3款第4项的违反。

## (二) 国内法上的规定——以德国法和美国法为范例

从国内法上看,在大陆法系的德国,秘密侦查方法“在刑事诉讼法的最初文本中几乎是默默无闻的:根据它的构想,讯问和搜查是以侦查人员和信息主体之间的坦诚接触为特征的。”<sup>[32]</sup>唯一的例外是,从一开始就存在邮件扣押的可能性;<sup>[33]</sup>对此扣押,可以事后通知被告人,只要该告知不可能危害到侦查的成功。<sup>[34]</sup>1968年《德国刑事诉讼法典》第100条a增设了通讯监听的规定,其限制条件是:只有在为了调查特定的严重犯罪的时候,而且,用其他方法调查该案件事实是没有希望的,或者是有严重困难的,并且必须由一个法官签署批准令状,才允许使用该措施。20世纪80年代以来,由于打击有组织犯罪的需要,秘密侦查方法被扩大使用,立法进一步规定:可以借助技术手段,如摄像机和卫星,进行监视和观察;<sup>[35]</sup>可以秘密安装窃听器,窃听私人间的谈话。<sup>[36]</sup>1998年通过对《德国基本法》第13条的限制和以之为基础对《德国刑事诉讼法典》第100条c第1款的扩大,使得对私人住宅的监听成为可能。该措施的使用受到严格的前提约束,而且它特别要求一个三名法官所组成的法庭的事先批准。德国联邦宪法法院在2004年11月的一个判决中宣布刑事诉讼法部分违宪,因为:与配偶、近亲属和信任的人进行的私人谈话不受监听的自由,属于人的尊严的核心领域,即使为查明最严重的犯罪行为,也不允许国家的监听措施予以侵犯。此外,根据对宪法的限制性解释,不允许警察在犯罪嫌疑人的卧室内安装监听设备,除非他们事先已经知道,一个严重犯罪的具体计划就是在那里策划的。<sup>[37]</sup>

德国1992年通过《对抗有组织犯罪法》在刑事诉讼法中增设了卧底警探的规定。<sup>[38]</sup>在怀疑实施了有组织犯罪领域的重大犯罪的情况下,才允许派遣秘密警探。原则上,秘密警探只能被检察机关指令派遣;只有侦查措施针对特定的犯罪嫌疑人或者警探必须进入他人的住宅时,

[30] Windisch v. Austria, (1993) ECHR31.

[31] Van Mechelen and Others v. the Netherlands, (1997) ECHR90.

[32] 魏根特,见前注[5]。

[33] 《德国刑事诉讼法典》第99条。

[34] 《德国刑事诉讼法典》第101条。

[35] 《德国刑事诉讼法典》第100条c第1款第1项。

[36] 《德国刑事诉讼法典》第100条c第1款第2项。

[37] 魏根特,见前注[5]。

[38] 《德国刑事诉讼法典》第110条a、第110条b、第110条c、第110条d和第110条e。



该派遣才需要经过法官的同意。关于线民在刑事侦查中的活动、权限以及他们所获取的信息在刑事诉讼中的使用目前尚处于法律的灰色地带。<sup>[39]</sup>

美国的法律传统是以判例法为基础的,但是在其现代法律体系中,制定法也是重要的法律渊源。美国关于通讯监听的法律规范围绕着对联邦宪法第4修正案<sup>[40]</sup>的解释而逐步得到建立和完善。早期联邦最高法院对第4修正案的解释采取“以财产为基础的字面主义”,认为第4修正案保护的是有形财产,如文件、住宅或者其他实物,监听私人谈话和其他形式的通讯不在第4修正案保护之列,除非违反了当地的财产法。如果对宪法所保护的区域如住宅或办公室不存在物理性的侵入,就不属于第4修正案所说的“搜查”。<sup>[41]</sup>在1928年的奥姆斯蒂德诉美国(Olmstead v. United States)一案中,警察在被告人的住所和办公室外搭线窃听被告人的电话谈话,法院的大多数意见认为,这种行为并未构成“实质性的物理侵入”或者造成“确实的物质影响”,因此不属第4修正案保护的范畴。法官布兰代斯提出了著名的反对意见,他认为,政府对私人谈话的不当窃听侵害了个人的隐私权,因而构成了第4修正案规定的非法搜查和扣押,由此所获证据应当予以排除。

联邦最高法院在1967年卡兹诉美国一案(Katz v. United States)<sup>[42]</sup>中的判决“具有里程碑意义”。<sup>[43]</sup>在该案中,美国联邦调查局(FBI)在未获法院司法令状的情况下在公用电话亭外搭线窃听,了解到上诉人正在将赌博信息通过电话传送给其他州的委托人,基于窃听到的谈话记录,上诉人被判有罪。联邦最高法院认为,FBI窃听并记录上诉人的谈话,侵犯了上诉人的隐私,当上诉人使用电话亭时,他有放心地使用电话的合理期待,FBI的行为因此构成了第4修正案规定的搜查和扣押。法院宣称:第4修正案“保护的是人,而不是地方”。<sup>[44]</sup>卡兹案的判决将第4修正案的保护延伸至通讯监听领域。

在1967年的伯格案<sup>[45]</sup>中,被告人伯格被指控犯有两项图谋贿赂罪,该案的大部分证据都是通过被告人的办公室内安装电话监听设备而收集的,警察事先获得了州法官签署的司法令状。在上诉程序中,纽约州上诉法院对纽约州允许在住宅和办公室内进行电话监听的制定法持支持态度。<sup>[46]</sup>美国联邦最高法院认为,纽约州的该项制定法过于宽泛,违反了联邦宪法第4和第14修正案。特别是,联邦最高法院认为,制定法上关于“有合理的根据相信犯罪证据可因此被收集”的规定与第14修正案所要求的“可能的原因”的公正标准不能相提并论。这种宽泛的制定法缺乏必要的司法制衡和保护性措施以保障个人权利。据此,联邦最高法院推翻了纽约州上诉法院的判决。通过该案,联邦最高法院进一步明确了通讯监听适用第4修正

[39] 魏根特,见前注[5]。

[40] 第四修正案规定:人民的人身、住宅、文件和财产不受无理搜查和扣押的权利不得侵犯。

[41] See Richard S. Julie, "High-tech Surveillance Tools and the Fourth Amendment: Reasonable Expectations of Privacy in the Technological Age", 37 Am. Crim. L. Rev. 127, Winter 2000. p. 128.

[42] Katz v. United States, 389 U.S. 347(1967).

[43] Ric Simmons, "Technology - Enhanced Surveillance by Law Enforcement Officials", 60 N. Y. U. Ann. Surv. Am. L. 711, p.714; Jie Xu, "The Roles of the Judiciary in Examing and Supervising the Changing Laws of Electronic Surveillance", 28 Seton Hall Legis. J. 229, 2003, p. 235.

[44] Katz v. United States, 389 U.S. 347(1967), p. 351.

[45] Berger v. New York, 388 U.S. 41(1967).

[46] Ric Simmons, "Technology - Enhanced Surveillance by Law Enforcement Officials", 60 N. Y. U. Ann. Surv. Am. L. 711, p. 723.

案的规定。

作为对卡兹案和伯格案判决的回应,美国国会于1968年通过了《综合犯罪控制与街道安全法》(The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968),该法第三部分(Title III)对运用电子的、机械的以及其他手段窃听任何电子通讯或口头会话的问题作了详细的规定,为实施宪法上可接受的通讯监听规定了统一的程序。根据Title III的规定,警察为刑事调查的目的进行通讯监听前必须获得司法令状,法官签署该令状时,必须确信存在犯罪已经发生、正在发生或者将要发生的“可能的原因(probable cause)”,而且常规侦查方法已经失败或者因某种原因不具有合理性;在紧急状态下,警察可以进行无证监听,但监听时间不能超过48小时。<sup>[47]</sup> Title III仅适用于监听“有线”或者“口头”谈话,如搭线窃听电话和安装窃听器。1985年的《电子通讯隐私法》(The Electronic Communications Privacy Act of 1986),简称“ECPA”,将Title III中所规定的许多保护措施(如司法监督、窃听结束后应立即告知被窃听者、法律实施机构有义务尽量减少窃听数量等)扩展到电子邮件和其它的“电子”通讯。<sup>[48]</sup> Title III和《电子通讯隐私法》对于秘密录像均未作出明确规定。1984年,第7巡回法院首次讨论了秘密录像的合宪性问题。该法院清楚地指出,秘密录像不仅是一种搜查,而且是带有侵入性的搜查,在签署令状时应当适用严格的标准,仅仅达到“合理的”标准是不够的。该法院认为,Title III的要求与第4修正案的要求是一致的,在秘密录像问题上应当适用宪法和制定法上的上述要求。<sup>[49]</sup>

美国判例法中涉及大量的新技术的采用与隐私权保护的判例。“在过去37年来,法院一直在为确定什么时候某种技术的使用侵犯了一个人‘对隐私的合理期待’而斗争。”<sup>[50]</sup> 美国学者将这些技术大体分为三类:<sup>[51]</sup>

第一类是实质性的监听技术,如热成像仪、笔捕捉器、卫星监测、透视设备(see-through devices)、缉毒狗、化学试剂、金属探测仪等。在判断此类技术的采用是否构成第4修正案上的“搜查”时,关键是看:通过这种技术控方获得了哪一种信息?该信息是否是社会视为隐私的信息?如果该信息属于隐私,则这种实质性的监听将构成第4修正案规定的“搜查”,无论该信息通过何种方式而获得。

第二类是带有侵入性的监听技术,如监听电话、拦截电子邮件、对私人区域进行秘密录音录像等。这些技术的采用毫无疑问是一种“搜查”,它侵犯了一个人对隐私的合理期待,属于第4修正案保护的范畴。

第三类涉及大容量的信息收集技术,如电子跟踪技术、面部识别技术、“食肉者(carnivore)”网上邮件监察系统等。这些技术通常在公共区域使用,通过对大量信息的监察,最终发现与法律实施有关的极少量信息。这些技术的采用极大地增强了信息收集的有效性,如面部

[47] See Jie Xu, “The Roles of the Judiciary in Examining and Supervising the Changing Laws of Electronic Surveillance”, 28 Seton Hall Legis. J. 229, 2003, p. 236; Elizabeth Gillingham Daily, “Beyond ‘Persons, Houses, and Effects’: Rewrite the Fourth Amendment for National Security Surveillance”, 10 Lewis & Clark L. Rev. 641, Fall 2006, pp. 647-648.

[48] Peter P. Swire, “The System of Foreign Intelligence Surveillance Law”, 72 Geo. Wash. L. Rev. 1306, August 2004, p. 1312.

[49] United States v. Torres, 751 F.2d 875, 883(7th Cir. 1984).

[50] Ric Simmons, “Technology - Enhanced Surveillance by Law Enforcement Officials”, 60 N.Y. U. Ann. Surv. Am. L. 711, p. 714.

[51] Ric Simmons, “Technology - Enhanced Surveillance by Law Enforcement Officials”, 60 N.Y. U. Ann. Surv. Am. L. 711, pp. 711-713.

识别技术能在一个小时之内扫描千万张面孔,通过与嫌疑人的面部特写照片进行比对,从中寻找嫌疑人;FBI曾经通过在网络服务器上安装“食肉者”网上邮件监察系统,截获了所有进出嫌疑人所用的某个电子邮件地址的所有信息,并将其内容复制到“食肉者”电脑的硬盘上,该做法引起轩然大波。<sup>[52]</sup>当上述技术在私人区域内使用时,制定法要求警察必须获得符合 Title III 规定的令状。

在美国,普通刑事案件中的通讯监听与涉及国家安全的情报监听分别适用不同的法律。前者主要适用 Title III;后者主要适用 1978 年卡特总统签署的《外国情报监听法》(The Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978),简称“FISA”。根据《外国情报监听法》,建立了两个特殊的法院:外国情报监听法院(FISC)和外国情报监听复审法院(FISCR),涉及国家安全的情报监听,需要获得外国情报监听法院的司法令状;法律实施机构如对该法院的裁决不服,可以上诉至外国情报监听复审法院。布什总统于 2001 年 10 月 26 日签署的《爱国者法》在一定程度上放宽了《外国情报监听法》对于涉及外国情报的通讯监听的限制。<sup>[53]</sup>

在美国,卧底侦查未纳入第 4 修正案保护的范畴。<sup>[54]</sup>总检察长 2002 年签署了 FBI 卧底行动指南(Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operations)。该指南要求,某些敏感性的卧底调查要获得卧底审查委员会的授权。卧底审查委员会由负责司法部刑事处的助理总检察长任命的主任和司法部律师指派的 FBI 人员组成。敏感性的调查包括对选举官员涉嫌刑事犯罪的调查、对政治或宗教组织的调查或者对外国政府的调查等。在这些情形下,卧底警探很可能会卷入严重犯罪、被逮捕或者提供虚假的附誓证言。常规性的卧底调查可以由负责 FBI 办公室的特别代理直接授权。除非为了自卫,禁止卧底警探或者线民参与暴力行为,禁止其采用非法的调查技术,如非法窃听电话或者非法搜查。<sup>[55]</sup>

对于卧底侦查和诱惑侦查的法律限制,主要通过被告方的“诱惑辩护”而实现。根据有关的判例法,<sup>[56]</sup>律师针对诱惑侦查的使用进行辩护时,主要采取主观和客观两方面的辩护。主观方面主要是关注被告人的犯罪趋向,需要考察被告人的名誉、品格、有无违法纪录和犯罪前科等;客观方面则主要是看警察的行为是否提供了犯罪的诱导,从而使一个正常的守法公民也将做出回应。在主观证明中,控方必须排除合理怀疑地证明被告人具有犯罪趋向;在客观证明中,证明一个正常的守法公民也可能因警察的引诱而犯罪的负担由被告方承担。<sup>[57]</sup>

从国际法和国内法上对秘密侦查的规定来看,秘密侦查走入法律文本是以该措施对于公

[52] 该做法引起了用户甚至是服务商的极力反对,因为人们无法确定该系统是否仅仅读取那些与罪案调查有关的电子邮件而不侵犯网民的其他隐私。根据《电子通讯隐私法》的规定,在网上拦截和阅读电子邮件已为 Title III 所规范,警察在网络服务器上安装“食肉者”网上邮件监察系统,必须获得符合 Title III 要求的司法令状。

[53] See Jie Xu, “The Roles of the Judiciary in Examining and Supervising the Changing Laws of Electronic Surveillance”, 28 Seton Hall Legis. J. 229, 2003, pp. 236 - 247; Elizabeth Gillingham Daily, “Beyond ‘Persons, Houses, and Effects’: Rewrite the Fourth Amendment for National Security Surveillance”, 10 Lewis & Clark L. Rev. 641, Fall 2006, pp. 644 - 645; Peter P. Swire, “The System of Foreign Intelligence Surveillance Law”, 72 Geo. Wash. L. Rev. 1306, pp. 1307 - 1365.

[54] See Allen, Hoffman, Livingston, Stuntz, *Comprehensive Criminal Procedure*, Second Edition, 2005, Aspen Publishers, p. 971.

[55] Id., p. 985.

[56] *United States v. White*, 401 U. S. 745 (1971); *Sorrells v. United States*, 287 U. S. 425 (1932); *Jacobson v. United States*, 503 U. S. 540 (1992).

[57] See Allen, Hoffman, Livingston, Stuntz, *Comprehensive Criminal Procedure*, Second Edition, 2005, Aspen Publishers, p. 982.

民个人权利的威胁日渐凸现为前提的。在两类秘密侦查方式中,技术侦察存在极大的被滥用的可能性,对于公民的隐私权构成极大的威胁,因而成为法律规范的重点。技术侦察涉及各种新技术的采用,由此带来一系列新的法律问题。如何划定隐私权保护的边界,从而将秘密侦查措施的采用限定在合理的范围之内,是国际法与国内法共同面临的问题。在现代刑事诉讼制度的研究中,秘密侦查的法治化可以说是一个带有挑战性的课题。

#### 四、秘密侦查在中国——现状与反思

由于秘密侦查既是一种有效的侦查手段,也是一种对公民隐私权构成极大威胁的侦查手段,因此其使用必须受到法律的严格规制。但是,目前中国法律在这个问题上只有一些简单笼统的规定,这种状况既与中国刑事审前程序整体上法治化程度不高有关,也与中国社会对公民隐私及隐私权的认识有关。

##### (一) 立法规定

中国宪法没有对隐私权做出明确、直接的规定,但相关规定体现了对公民隐私权的保护。如宪法第38条规定:“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯”;第39条规定:“中华人民共和国公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅”;第40条规定:“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要,由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外,任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。”

1986年制定《中华人民共和国民法通则》时,由于立法者对隐私权还没有充分的认识,因而在这部法律中仅规定了生命健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权等人身权,没有将隐私权规定为公民的人格权。1988年,最高人民法院在《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》中,采取变通的方法,规定对侵害他人隐私权,造成名誉权损害的,认定为侵害名誉权,追究民事责任。<sup>[58]</sup> 1993年,最高人民法院在《关于审理名誉权案件若干问题的解答》中,重申了上述处理原则。<sup>[59]</sup> 2001年3月8日,最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第1条明确将“侵害他人隐私”列为请求精神损害赔偿的法定事由,对隐私权的私法保护因此逐渐从间接保护转向了直接保护。

在《未成年人保护法》(1991年)和《妇女权益保障法》(1992年颁布、2005年修订)两部法律中,对未成年人的隐私权、妇女的隐私权作了明文规定。<sup>[60]</sup> 在《残疾人保障法》、《消费者权益保护法》和《老年人权益保障法》中,设置了保护残疾人、消费者和老年人合法权益的条文,在这些关于合法权益保护的条文中,包含有隐私权保护的内容。

中国刑法第245条第1款规定:“非法搜查他人身体、住宅,或者非法侵入他人住宅的,处

[58] 该司法解释第140条规定:“以书面、口头形式宣扬他人隐私,或者捏造事实公然丑化他人人格,以及用侮辱、诽谤等方式损害他人名誉,造成一定影响的,应当认定为侵害公民名誉权的行为。”这是中国最高司法机关对于公民隐私权保护的第一次司法解释。

[59] 该《解答》第7条第3款规定:“对未经他人同意,擅自公布他人的隐私材料或以书面、口头形式宣扬他人隐私,致他人名誉受到损害的,按照侵害他人名誉权处理。”

[60] 《未成年人保护法》第30条规定:“任何组织和个人不得披露未成年人的个人隐私。”《妇女权益保障法》第42条规定:“妇女的名誉权、荣誉权、隐私权、肖像权等人格权受法律保护。”

三年以下有期徒刑或者拘役。”第 252 条规定：“隐匿、毁弃或者非法开拆他人信件，侵犯公民通信自由权利，情节严重的，处一年以下有期徒刑或者拘役。”第 253 条第 1 款规定：“邮政工作人员私自开拆或者隐匿、毁弃邮件、电报的，处二以下有期徒刑或者拘役。”

在刑事诉讼领域，涉及公民隐私权保护的法律规定包括：刑事诉讼法第 152 条第 1 款规定“人民法院审判第一审案件应当公开进行。但是有关国家秘密或者个人隐私的案件，不公开审理”；第 111 条规定“进行搜查，必须向被搜查人出示搜查证。在执行逮捕、拘留的时候，遇有紧急情况，不另用搜查证也可以进行搜查”；第 116 条规定：“侦查人员认为需要扣押犯罪嫌疑人邮件、电报的时候，经公安机关或者人民检察院批准，即可通知邮电机关将有关的邮件、电报检交扣押。”

关于秘密侦查，《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。”

## (二) 简要评析

与其他国家和地区关于秘密侦查的法律规定相比，中国相关立法明显处于滞后状态。这种滞后表现在以下几个方面：

其一，作为基本法的宪法没有对公民的隐私权做出明确规定，隐私权尚未作为一项宪法权利加以保护。最高人民法院的有关司法解释虽然明确保护隐私权，但局限于私法领域。作为宪法权利的隐私权与作为私权的隐私权虽然在范围上相同，但二者在内涵上却是不同的，民法保护的隐私权是一种对抗私人的权利，而宪法保护的隐私权是一种对抗公共权力的权利。秘密侦查法治化的目的是通过规制公共权力来保护隐私权。隐私权宪法保护的薄弱在一定程度上影响了秘密侦查法治化的进程。从相关的宪法规定看，对于非法搜查问题，宪法未作任何明确的限定，<sup>[61]</sup>为搜查程序的恣意化大开方便之门；对于通信自由与通信秘密的保护，从字面意义上看，主要局限在书面的信件往来，难以囊括各种形式的电子通讯，<sup>[62]</sup>从而难以作为限制政府采用通讯监察措施提供宪法上的依据。

其二，刑事诉讼立法中对侦查机关权力的制约明显不足。在刑事强制性措施体系中，只有针对人的强制措施——逮捕规定了须由人民检察院审查批准，而针对物的强制措施——搜查由侦查机关自行决定。从公民权利保护的角度看，现行法律较为重视对公民人身自由权的保护（尽管仍未达到司法控制的国际标准），对公民财产权的保护次之（毕竟要求有搜查证），对公民隐私权的保护几乎尚未纳入考虑之列。在美国，对联邦宪法第 4 修正案（关于搜查）的解释经历了从保护财产权到保护隐私权的演进；在中国，当公民的人身权、财产权尚未得到充分保护之时，我们似乎很难期待法律在保护隐私权方面有大的超越。

其三，秘密侦查总体上处于法律的灰色地带。《国家安全法》和《人民警察法》虽然规定

[61] 如美国联邦宪法第 4 修正案要求搜查应当具有“合理性”。

[62] 《香港基本法》第 30 条规定：“香港居民的通讯自由和通讯秘密受法律的保护。除因公共安全和追查刑事犯罪的需要，由有关机关依照法律程序对通讯进行检查外，任何部门或个人不得以任何理由侵犯居民的通讯自由和通讯秘密。”《澳门基本法》第 32 条作了类似规定。上述规定中使用了“通讯”一词，而非“通信”。与中国宪法的规定相呼应，中国刑法所规定的侵犯公民通信自由罪，所惩治的对象仅限于隐匿、毁弃或者非法开拆他人信件的行为。

“经过严格的批准手续,可以采取技术侦察措施”,但是,对于哪些措施属于“技术侦察措施”、“严格的批准手续”究竟包括哪些要求等,却语焉不详。即使国家安全机关和公安机关内部制定了采取技术侦察措施的有关程序,也与法治原则相距甚远。国际人权法上要求秘密侦查应当由法律明确予以规范,让公民知晓公共权力在哪些情形下、依哪些条件才能行使,只有如此,才符合法治原则的要求。在中国的司法实践中,秘密侦查由侦查机关自行决定,秘密侦查的条件、对象、范围也由侦查部门自我设置,无需司法机关审查批准,当事人无法获得有效救济,也无法知晓侦查机关的“内部规定”,可以说基本上处于一种非法治状态。

### (三) 原因探究

中国秘密侦查立法滞后,其原因是多方面的。概括起来,可以归纳为以下几个方面:其一是受传统文化的影响。隐私既是一个历史范畴,又具有一定的民族性。中华民族的隐私意识较为淡薄,甚至认为隐私就是阴私,是男女之间不可告人之事,人人得而宣扬之。在这种意识的潜移默化之下,人们形成了以保有隐私为耻的观念,人们常说:“还有什么见不得人的事吗?”这反映了对他人隐私的不尊重。十年文革,更是使人们的隐私保护意识荡然无存。在这样一种文化背景下,对个人隐私权的保护自然重视不足。其二是受行为习惯的影响。在中国,秘密侦查具有某种神秘主义色彩。在社会生活中人们似乎已经习惯“做而不说”的行为方式。有些事情,人们可以做,至少可以秘密地做,但是不能说,特别是不能公开说。于是,实践中可以使用秘密侦查手段,但却不能公开讨论秘密侦查问题,甚至连一些与秘密侦查有关的术语在公开场合都讳莫如深。在这种行为习惯的影响下,秘密侦查立法存在空缺就不足为奇了。其三是受法律价值观的影响。在过去很长一段时期内,我们过分强调国家专政,宣称法律是维护国家权力的工具,因此在制定法律的时候往往以维护国家权力的需要为出发点,忽视了个人权利保护问题。在秘密侦查的问题上,内部的“秘密规定”当然比法律的公开规定更有利于维护国家权力。但是,如果从保护个人权利的角度出发,或者从权利本位的法律观出发,由国家立法机关对秘密侦查做出明确规定就是必然的选择了。其四是受司法公正观的影响。重实体轻程序的司法公正观使得人们注重目的正当性,而对于程序和手段的正当性则重视不足,这也对秘密侦查立法的滞后产生了一定的影响。<sup>[63]</sup>

近些年来,中国秘密侦查法制化问题已经引起了一些学者的注意。<sup>[64]</sup>但是,从现有的讨论看,学界对于秘密侦查的认识存在某些误区。比如,有学者认为,“秘密监听虽然是一个很敏感的问题,但是客观地说,它对当事人权利的侵犯并非最为严重、最为恶劣……赋予秘密监听等秘密侦查手段以合法的身份并允许在审判中采纳由此获得的证据,可以减轻侦查人员对被告人口供的依赖,并进而减少司法实践中超期羁押和刑讯逼供的情况。‘两害相权取其轻’,权衡利弊,允许侦查人员采用秘密监听等侦查方法应该是一种合理的选择。”<sup>[65]</sup>这里涉及到如何看待秘密侦查手段与保障人权的关系问题。科学技术的进步促进了刑事证明方式的变化,以人证为主的证明方式逐渐向以物证为主的证明方式转变,从而降低了对被告人口供的依赖,

[63] 何家弘,见前注[3]。

[64] 龙宗智:“徘徊于传统与现代之间——论中国刑事诉讼法的再修改”,《政法论坛》2004年第5期;樊学勇、陶杨:“论特殊侦查手段的法制化”,载樊崇义主编:《刑事审前程序改革与展望》,中国人民公安大学出版社2005年版,页275以下;谢佑平、万毅:“在惩罚犯罪与保障人权之间:关于监听的法律思考”,《南京师大学报(社会科学版)》,2006年第5期。

[65] 何家弘,见前注[3]。

使得对被告人沉默权的保护成为可能,促进了刑事司法中的人权保护。在某些情况下,使用技术侦查手段能够同时增强自由与效率。比如,在音乐厅或体育场使用面部识别技术比让每个人靠墙站着,由身穿制服的警察拿着照片比对,更能维护人的隐私和尊严;在机场使用金属探测仪检查乘客是否携带武器,也比拍身搜查或脱衣检查,更能维护人的隐私和尊严。但是,在多数情况下,秘密侦查手段的使用带来了另外一种风险:公民隐私权被严重侵犯的风险。从其他国家和地区法律发展的历史看,对于秘密侦查进行法律规制,其出发点并不是为了寻找刑讯逼供的替代手段,而是对实践中已经存在的秘密侦查现象进行控制。在一些西方法治国家,由于法律对常规侦查方式进行严格规制,警察转而依靠非对抗的秘密侦查方式,导致法律上对此做出回应,因而出现了秘密侦查法治化的问题,常规侦查法治化与秘密侦查法治化是两个相继出现的过程。在中国,对常规侦查方式的法治化与对秘密侦查方式的法治化需要同步进行。

## 五、中国秘密侦查之法治化——借鉴与融合

秘密侦查具有打击犯罪和侵犯人权的双重属性,对其进行规范的法律也具有相应的双重属性:一方面是授权,即授予侦查机关使用秘密侦查方法的权力;另一方面是限权,即限制侦查机关运用秘密侦查手段的权力。授权与限权孰轻孰重,在中国是一个需要认真加以考虑的问题。从世界范围来看,现代刑事诉讼制度在整体上是一种以保障公民权利为基点的制度设计;而在中国,刑事诉讼制度在整体模式上体现出国家权力独大的倾向。中国社会政治、经济和文化的发展促进了公民权利意识的生长,这是“国家尊重和保护人权”被载入宪法的先决条件,“人权”现已逐渐成为中国社会的主流话语,在此背景下,促进国家权力与个人权利的相对平衡,防范秘密侦查手段的滥用,推进中国秘密侦查的法治化应当成为中国刑事诉讼制度发展的必然选择。其他国家和地区在此方面丰富的立法和司法经验为我们构建中国的秘密侦查法律制度提供了良好的素材。

### (一) 秘密侦查法治化之必要性

中国秘密侦查法治化的必要性可以从内在视角和外在视角两方面加以分析。从内在视角来看,秘密侦查法治化与对公民隐私权的保护是一个相伴而生的过程。隐私权是一个滥觞于西方的概念,近些年来中国社会对其逐渐予以认同。这种认同首先来自于私法领域,相关的司法解释明确规定了对隐私权的保护;一些新颁布的法律明文规定了隐私权。对隐私权概念的认同是中国社会发展和进步的必然产物。正如“隐私权”概念的倡导者美国人沃伦和布兰代斯所言,是“紧张而复杂的社会生活”推动了对隐私权的保护。从中国的情况看,随着人们物质生活水平和精神生活水平的迅速提高,一种紧张而复杂的现代生活方式逐步显现,私人信息、私人活动和私人空间成为人们欲加以保护的重要利益,“隐私”故而有必要成为公民人格权之独立标的。在中国过去的有关司法解释中,隐私的保护被混同于名誉权的保护,认为只有侵害他人隐私而导致其名誉损害的行为,才能构成侵害人格权的行为。实际上,个人应受保护的隐私中,除涉及个人名誉之部分外,还包括大量涉及个人生活安宁的个人秘密。随着中国社会的发展,对于个人隐私加以法律保护的呼声越来越高。秘密侦查法治化,是在公法领域对公民隐私权加以保护的重要方面。限制公共权力对于公民私生活的侵入,释放个人的隐私需求,保障相应的隐私权利,是一个国家走向法治社会、和谐社会的重要体现。

从外在视角来看,保护公民的隐私权、限制秘密侦查措施的使用,已成为一种世界性的趋

势。国际和区域性人权公约明文保障公民的隐私权,许多国家和地区制定了规范通讯监听的法律。一些国家和地区的经验表明,如果不对秘密侦查加以严格控制,该措施在司法实践中的使用可能会令人触目惊心。以美国为例,1976 年参议院研究政府情报活动的选择委员会的报告表明,在 1936 年 - 1945 年之间,美国政府大量使用通讯监听;20 世纪 50 年代, FBI 可以自行进行通讯监听,只要“国家利益”有需要。该报告揭示出来的问题还包括:法律实施官员对法律的违反已习以为常;将监听措施用于预防和其他目的;被监听者没有机会对监听提出异议;对政敌采用通讯监听措施,并利用这些信息抹黑政敌;对民权团体采用监听措施;随意扭曲数据,以符合政治目的;等等。<sup>[66]</sup> 该报告披露了在美国通讯监听曾经被广泛滥用的事实。在这个监听技术高度发达的时代,滥用监听的现象可能发生在任何一个国家。在中国,一些学者已经认识到秘密侦查立法的重要性。有学者指出:“为防止秘密侦查之泛化和滥用,法律应明确秘密侦查手段只能在立案之后的侦查阶段使用,并严格限定其使用范围和完善监督机制”;<sup>[67]</sup> 另有学者指出:“尽管特殊侦查手段是侦控犯罪的锐利武器,但作为直接针对犯罪嫌疑人及相关人员实施的调查方式,对公民权益可能造成的侵害相对于普通的侦查手段有过之而无不及……在赋予侦查机关使用特殊侦查手段的权力同时,也必须对这些手段的滥用可能性有合理的预见,并通过程序技术对这些手段予以规制。”<sup>[68]</sup> 中国秘密侦查的法治化,是中国法律制度与国际接轨的需要,也是防范秘密侦查泛化和滥用的需要。在中国刑事诉讼法的再修改中,应当对秘密侦查作出具体明确的规定。

## (二) 秘密侦查制度之建构

通过对秘密侦查方式产生和发展过程的考察、通过对保障公民隐私权国际标准的分析、通过对一些国家和地区秘密侦查立法及实践的比较,我们可以对中国未来的秘密侦查法律制度作出框架性的勾勒。在两类秘密侦查措施中,应当将技术侦察(或曰通讯监察、通讯监听)作为立法重点;在技术侦察所涉两大领域——刑事犯罪侦查与国家安全情报收集中,可先解决刑事犯罪侦查中通讯监听的法治化问题;国际公约的规定、一些国家和地区的共同做法应当成为中国拟定秘密侦查立法的主要依据。

在通讯监听的立法模式上,可考虑借鉴大陆法系国家的做法,采取诉讼立法模式。目前,全国人大常委会已经把修改刑事诉讼法列入立法规划,新的刑事诉讼法应当填补通讯监听法律规定的空白。通讯监听作为一种侦查手段,与刑事诉讼中的其他强制性侦查措施具有很强的同质性,在修改刑事诉讼法时可以将通讯监听立法与其他强制性侦查措施制度的完善一并予以考虑。关于通讯监听立法的具体内容,主要包括以下几个方面:

### 1. 通讯监听的案件范围

法律应当明确规定可以使用通讯监听的案件范围。通讯监听只能适用于危害国家安全的犯罪和其他严重犯罪案件。可以对“其他严重犯罪案件”作两方面的限定:其一是从可能判处的刑罚期限进行限定。关于此期限,一些国家和地区的规定长短不一,如英国为 3 年以上监

[66] Peter P. Swire, “The System of Foreign Intelligence Surveillance Law”, 72 Geo. Wash. L. Rev. 1306, August 2004, p. 1317. Select Comm. to Study Government Operations with Respect to Intelligence Activities, 94th Cong., Final Report on Intelligence Activities and the Rights of Americans, Book II, § 1 (1976), available at <http://www.icdc.com/~paulwolf/cointelpro/churchfinalreportIIa.htm>.

[67] 王传道:“诱惑侦查、秘密侦查与侦查谋略”,载《侦查论丛》(第 1 卷),法律出版社 2003 年 6 月版,页 31。

[68] 樊学勇、陶杨:“特殊侦查手段法制化问题研究”,<http://www.dffy.com>, 2005 - 2 - 8。



禁、美国为1年以上监禁、意大利为5年以上有期徒刑、台湾为3年以上有期徒刑。中国可以考虑限定为3年以上有期徒刑。<sup>[69]</sup> 其二是对犯罪类型或罪名进行限定。不同国家和地区立法所列举的犯罪类型或罪名有较大差异,范围有大(如美国)、有小(如日本)。中国可以结合司法实际,设置程度居中的案件范围。一般而言,恐怖组织犯罪、黑社会组织犯罪、毒品犯罪、涉及枪支的犯罪、走私犯罪、腐败犯罪等应纳入可以适用通讯监听的案件之列。根据中国目前的法律规定,腐败犯罪案件由检察机关的反贪部门负责侦查,因此有必要给该部门配备相应的技术设备和侦查力量,赋予其使用通讯监听措施的权力。

## 2. 通讯监听的实质要件

采用通讯监听措施,应当遵守必要性原则,即使用此类侦查手段是获得重要证据或破案的必要途径乃至唯一途径,通过该手段可以取得具有重要价值的信息。只有当其他常规性侦查手段在具体案件中难以获得证据和破案线索时,才能使用通讯监听手段。监听应当针对特定的对象、特定的犯罪、特定的通讯、特定的场所,监听对被监听对象的侵扰程度与监听欲达到的目的应相对称,即符合比例性原则。

## 3. 通讯监听的程序要件

侦查机关使用通讯监听措施,原则上应当事先获得书面的通讯监听令。法律应该明确通讯监听的审批主体。目前中国技术侦察的审批权掌握在侦查机关自己手中。这种自己决定、自己实施的做法不符合法治原则,也不符合国际惯例。对强制性的侦查行为进行司法审查和监督是世界范围内刑事诉讼制度发展的总体趋势。侦查监督包括内部监督与外部监督,但是应该以外部监督为主。在美、德、法、意、日等国,通讯监听由法官签发司法令状;在美国,通讯监听由警察申请、检察官审核、法官批准,进行更加严格的程序控制。按照中国目前的法律规定,检察机关是国家的法律监督机关,其职能之一就是对外部监督。但是由于多方面因素的影响,检察机关对侦查活动的监督往往缺乏权威和实效。就法治的理想模式而言,通讯监听的审批权应由中立的法官行使。

通讯监听令应当写明监听的对象、理由、时间、地点和期限等,特别要根据案件的具体情况说明采用监听的必要性。监听的期限不能超过3个月,侦查机关如果需要延长,必须办理审批手续。在法律规定的紧急情况下(延误就有危险的时候),检察机关可以先行决定实施监听,但必须在一定期限内获得人民法院确认。德国规定此期限为3日,美、法、意等国规定为48小时,中国可以考虑规定最长不得超过3日。如未获确认,则监听必须立即停止。

## 4. 监听信息的保管和使用

法律应该就监听所获得之信息材料的保管和使用做出明确的规定,包括:每次监听与录制活动,都必须制作笔录;期限届满时,实施监听的人员应当将监听记录送交签发令状的法官封存保管;合法监听所获得的信息材料在诉讼活动中具备证据资格;监听结果作为证据使用时,应当遵守一定的程序,以便被监听者有时间和条件准备辩护;一旦对于侦查目的、公共安全、他人人身或生命不会构成危险时,应当将所采取的通讯监听措施通知利害关系人;对于监听所获资料,只有经法官许可,方可予以销毁;监听审批人员、实施人员对于监听所获信息负有保密义务。

[69] 与中国刑法关于量刑的规定和刑事诉讼法关于简易程序的规定相衔接。

### 5. 违法监听的后果

为保证侦查人员依法实施监听,法律应该明确规定违法监听的后果以及相应的救济措施。侦查人员违反法律规定进行监听的,法院可以根据违法的严重程度和违法人员的主观状态分别做出排除所获证据、侦查行为无效的决定。有关机关还应该对违法人员进行惩戒或处罚。违法监听对象对上述情况应该享有一定的知情权,并享有对财产及人身所受损害的赔偿请求权。

### 6. 年度报告制度

法院每年应当就通讯监听的核准和执行情况向全国人大作出专项报告,以方便立法机关对监听总体情况的把握和外部监督。报告的内容包括申请和签发通讯监听令的数量、与申请和签发通讯监听令有关的罪名、同意延期或拒绝延期的数量、所采用的监听手段的种类、实施监听的期间、实施监听的案件逮捕的人数、实施监听的案件进入审判的数量等。

除了通讯监听之外,刑事诉讼法也应考虑对卧底侦查和诱惑侦查作出规定。关于卧底侦查,可以参照德国的有关立法,规定以下主要内容:(1)卧底侦查的案件范围为有组织犯罪领域的重大犯罪,如非法的毒品或武器交易、伪造货币或有价证券、危害国家安全的犯罪等;(2)卧底侦查由检察官授权,紧急情况下公安机关可直接派遣秘密侦查员,但应在 3 日内获得检察官确认;(3)卧底侦查针对特定的犯罪嫌疑人或必须进入私人住宅时,应当获得法官许可;(4)卧底侦查所获得的情报,可以在审判中作为证据加以使用。<sup>[70]</sup>关于诱惑侦查,立法上应当确立“诱发犯意型的诱惑侦查违法、提供机会型的诱惑侦查合法”的原则。<sup>[71]</sup>辩护律师可依据此原则,要求排除违法的诱惑侦查所获得的证据。

### (三) 制度运行环境之形塑

中国通过修改刑事诉讼法对于秘密侦查措施予以规范,不仅是对世界范围内刑事诉讼制度发展趋势的顺应,也是对其他国家和地区研究成果的吸收和借鉴。应当引起重视的是,中国的秘密侦查制度应当建立在对本土的人与社会之认识的基础上,应当建立在与本国文化和制度相对接的基础上,应当建立在现有的政治、经济和文化环境的基础上,只有这样,刑事诉讼制度的改革才能贴近现实,真正符合社会的需要。但是,这并不意味着我们应当迁就落后的现实。制度的引进与观念的更新是一个互动的过程,一项新的制度的确立有时能够带来整个社会观念上的重大变革,进而产生一种连锁效应,带动其他制度相应发生变化。

当我们在法律制度的建构上大量引进和移植国外的相关制度时,我们应当对该制度正常运行所需要的环境有充分的了解,应当对蕴含在制度中的法律理念有深刻的体认,只有如此,我们才能在中国有针对性地培育该制度良好运行所需要的内部环境。否则,制度上的“完美”与实践中的“悖反”将会形成巨大的落差。就秘密侦查制度而言,蕴含在其中的核心理念是对公民隐私权的保护。尽管隐私权现已成为中国社会的一个热点话题,但它却是一个继受于西方国家尤其是美国的法学概念。关于何为隐私权、为什么需要保护隐私权,东西方的阐释可能会有差异。隐私权作为一种权利,其背后隐含的是需要法律加以保护的某种利益。沃伦和布

[70] 傅美惠,见前注[9],页 222 以下。

[71] 田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪等译,法律出版社 2000 年版,页 33。美国在 1932 年的索维尔斯诉美国(Sorrells v. United States, 287 U. S. 425)一案中,警察假装与被告交朋友,几次提出购买违禁品的要求,法院采纳了辩护人的意见,认为警察不能教唆无辜的人犯罪,然后再去惩罚他。

兰代斯的经典论文将其描述为“独处不受干扰的权利(right to be alone)”,这是在不同的文化背景下均能认同的定义。但是,美国目前关于隐私权的探讨,将其引申到各种不同的个人自主性权利,如同性恋的权利、堕胎的权利等,这种广义的隐私权概念则未必能够为中国民众所认同。从隐私权的原始含义来说,“独处不受干扰”这一利益与人的感觉相联系,而人的感觉可能因时间、空间以及人本身的个体差异而发生变化。一些研究表明,不同文化和社会对隐私的实践有较大差异,其所拥有的隐私感觉或认知,也大不相同。<sup>[72]</sup>正因为如此,我国有学者指出:“受隐私权保护之个人私生活秘密的具体范围,要受社会经济、教育、文化发展程度和民族生活习惯等的影响。因此,何种个人私生活秘密构成隐私权保护的隐私,应以当时社会上之一般观念予以确定。”<sup>[73]</sup>对隐私权概念的理解,必将影响以该概念为依托而产生的秘密侦查制度。在美国关于通讯监听的立法和司法实践中,是否存在“对隐私的合理期待”,是判断一项技术侦查措施是否侵犯公民隐私权的重要标准,而“对隐私的合理期待”是一个与社会的隐私感觉相联系的概念。另一方面,科学技术日新月异,秘密侦查手段也会随之不断更新,凝固的法律显然不能自行对一项新的侦查技术是否侵犯公民的隐私权作出判断,因此需要法官在司法实践中有对法律作出创造性、能动性解释的能力。在中国,当我们借鉴其他国家和地区的经验实现秘密侦查的法定化之后,还需通过理性的司法丰富和填充隐含于法律制度中的理念,将纸面上的法律变为具体而生动的实践,而非仅仅形成一种秘密侦查法治化的表象。

在保护隐私权的法律体系中,秘密侦查制度与隐私权的宪法保护、私法保护、公法保护等相联结;在刑事诉讼法律体系中,秘密侦查制度与逮捕制度、搜查制度、司法体制等相联结。这种相连关系表明,秘密侦查制度不仅在构建中要考虑它与其他制度之间的配套,在其运行过程中也需仰赖相关的制度环境。因此,秘密侦查的法治化不是一个孤立的问题,而是一个应当置于整体的法律制度体系中加以考量的问题。加强隐私权的宪法保护、将隐私权的私法保护落到实处、促进外国情报收集中通讯监听的法定化、改革刑事司法体制、对刑事审判前程序实施有效的司法控制,这些举措均有助于促进新建立的秘密侦查制度达到其预设的目的。

## 六、结 语

在现代刑事诉讼中,与科学技术的发展以及犯罪的复杂化相适应,秘密录音、秘密录像、电话窃听、互联网上信息拦截、卧底侦查、诱惑侦查等秘密侦查方法在刑事侦查中扮演着日益重要的角色。对于复杂的刑事犯罪而言,秘密侦查是一种有效的侦查手段,但与此同时它也对公民的隐私权构成极大的威胁。隐私权是自然人保有其个人私生活秘密并排除他人非法干预的权利,它所保护的对象是私人信息、私人活动和私人空间。自19世纪末美国人沃伦和布兰代斯提出“隐私权”这一概念以来,隐私权的保护日渐成为现代法律制度中最为引人注目的问题之一。秘密侦查措施的采用造成了显著的国家追究犯罪的公共利益与保护个人私生活秘密的个人利益之间的紧张关系。

[72] See John M. Roberts and Thomas Gregor, “Privacy: A Culture View”, in J. Roland Pennock & John w. Chapman, eds., *Privacy*, Nomos XIII., 1971, pp. 199 - 225; Barrington Moore, Jr. Armonk, *Privacy: Studies in Social and Cultural History*, N. Y. :Sharpe, 1984.

[73] 尹田,见前注[14]。

在早期刑事诉讼法的文本中,对于秘密侦查方法未作规定,因为刑事侦查被假定为以侦查人员和被追诉对象之间的坦诚接触为基础,尽管自古就有的卧底侦查、诱惑侦查等秘密侦查方法在刑事诉讼实践中被少量运用。秘密侦查成为一个突出的问题,主要来自于两个方面的原因:一方面,科学技术的进步导致通讯监听等新型秘密侦查方法的产生,实践中秘密侦查手段的使用明显上升;另一方面,紧张而复杂的现代生活使人们产生了“独处不受他人干扰”的强烈愿望,隐私成为需要法律加以保护的重要利益。秘密侦查的扩大使用与保护公民隐私权的诉求之间形成了显在的冲突。

国际社会处理上述冲突的方式是将秘密侦查纳入规范化、法治化的轨道。国际和区域性人权公约要求:国家应当采取立法和其他措施保障公民的隐私权不受任意或者非法的侵犯,在特定情形下对隐私权的干预必须具有合理性;批准实施通讯监听应当遵守必要性和比例性原则。德国和美国秘密侦查法治化的历史为我们考察秘密侦查制度在大陆法和英美法中的演进提供了鲜活的样本。从一些国家和地区关于秘密侦查的立法来看,普遍将通讯监听作为规范的重点,在立法指导思想奉行重罪、必要性、比例性、补充性、令状主义、透明化等原则,严格控制秘密侦查措施的采用。

在秘密侦查问题上,中国现行法律仅有一些简单笼统的规定,作为基本法律的刑事诉讼法甚至对此未作明确规定,这种状况既与中国刑事审前程序整体上法治化程度不高有关,也与中国社会对公民隐私及隐私权的认识有关。秘密侦查法律制度的欠缺,易导致实践中秘密侦查手段被滥用,造成对公民隐私权的侵害。秘密侦查法治化,是中国法律与国际接轨的需要,也是中国社会发展和进步的需要。在中国刑事诉讼法的再修改过程中,应当将秘密侦查法治化作为重点问题之一加以解决。在具体的制度构建方面,可以借鉴其他国家和地区的立法经验,就秘密侦查的适用范围、条件、程序等作出具体明确的规定。在秘密侦查法律制度建立之后,还应注意良好的制度运行环境的形成与塑造,以避免法治原意与实际操作之间的巨大落差。