

doi: 12.3969/j.issn.1672-0598.2014.04.017

# “技术侦查”法律解释若干问题评析

——以法律解释学为视角\*

董林涛

(中国政法大学 研究生院, 北京 100088)

**摘要:**新《刑事诉讼法》在“侦查”一章中增加了“技术侦查措施”一节,将一直处于秘密隐晦状态的“技术侦查”措施法制化,体现了保障人权与控制犯罪的平衡。然而法典相关规定过于抽象、概括,亦存在立法疏漏。为使立法得以贯彻实行,法律解释发挥着不可替代的作用。但是,从实然层面分析,有关“技术侦查措施”之法律解释条文问题丛生,就适用案件范围、批准条件与程序、种类等问题的解释要么照搬法律条文,要么逾越立法自行创设制度。通过对“技术侦查措施”之法律解释条文进行批判性分析,以点带面,揭示整个刑事诉讼法揭示存在的问题并进行反思。

**关键词:** 技术侦查; 法律解释; 人权保障; 权力规制

**中图分类号:** D918.2 **文献标志码:** A **文章编号:** 1672-0598(2014)04-0114-06

## 一、提出问题

2012年《刑事诉讼法》在“侦查”一章中增加了“技术侦查措施”<sup>①</sup>一节,将一直处于秘密隐晦状态的“技术侦查”措施法制化,体现了控制犯罪与保障人权的平衡。而由于长期以来,我国立法坚持“宜粗不宜细”之立法宗旨,立法部门在对立法内容缺乏足够把握、担心立法规定过细导致司

法实践窒碍难行的考量下,习惯性地 将立法线条勾勒得较为粗放,具体内容交由司法解释<sup>②</sup>去“渲染”<sup>[1]</sup>。具体到2012年《刑事诉讼法》中,典型的表现之一即是关于“技术侦查措施”的相关规定呈现高度概括、抽象的特征,所构建的制度框架对司法实践适用缺乏细致、具体的指引。

立法本身的特征与缺陷,为司法解释提供了

\* [收稿日期] 2014-02-26

[基金项目] 司法部国家法治与法学理论研究课题(12SFB3017)“刑事诉讼法解释研究”;中国政法大学刑事法学创新团队项目;中国政法大学博士生创新实践项目(2013BSCX20)“刑事诉讼法解释研究——以刑法与相关解释为对象”

[作者简介] 董林涛(1987—),男,河南省驻马店市人;中国政法大学研究生院博士生,主要从事诉讼法学研究。

① 关于“技术侦查措施”之节名的问题,个人观点认为应当改为“特殊侦查措施”,但由于2012年《刑事诉讼法》仍然坚持了《刑事诉讼法修正案(草案)》的表述,故本文采用立法这一表述。囿于文章主旨与篇幅,本文所言仅指狭义之技术侦查,即2012年《刑事诉讼法》第148条规定的措施。详见董林涛:《论特殊侦查制度的立法构建——以完善〈刑诉法修正案(草案)〉为出发点》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2012年第1期。

② 本文所指的“司法解释”不仅包含最高人民法院、最高人民检察院制定的司法解释,而且包含公安部制定的《公安机关办理刑事案件程序规定》及最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会制定的《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》。

宝贵的论证自己合理性的理由：首先，存在的必要性。刑事诉讼立法，与其他所以立法一样，面临两大重要任务：“一是如何使‘纸面上’的法律（Law in paper）变为“行动中的法律”（Law in action）；二是如何最大限度地发挥现有法律的实际效果”<sup>[2]</sup>。无论是法律文本在司法实践中的运用装填、还是法律实际效果的发挥程度，都取决于法律文本条文本身所具有的明确性、可操作性。但是从2012年《刑事诉讼法》条文来分析，可依看出，立法条文不仅呈现前述之概括性、抽象性的特征，而且还存在着立法疏漏，致使司法实践中在某些具体问题上面临“无法可依”的窘境。在这种状态下，倘若没有司法解释，刑事诉讼法条文无法操作，成为躺在书斋之中的静态的“白纸黑字”。其次，法典的依附性。2012年《刑事诉讼法》的适用离不开司法解释的辅助。立法层面存在的立法空白，及立法者在某些具体条文“立法权限”上对司法解释的让权更加剧了法典对司法解释的依附性。这两个方面因素的结合，促成在我国形成了司法解释“法典化”的倾向，也使司法解释制定的合理性、科学性、合法性程度成为决定刑事诉讼法条文能否实现立法意旨及实现程度的重要指标。

在司法实践中，司法解释实质上已经成为代行立法，成为相关机关办理刑事案件的重要依据指引。因此，有学者得出了这样的结论也是恰当适宜的：法律的生命在于实施，而我国刑事诉讼法实施的关键因素之一在于解释。<sup>[3]</sup>是故，从实然层面考察我国现行刑事诉讼法司法解释的状态，分析其存在的问题与缺陷，对于刑事诉讼法的实施与完善具有必不可少的功能与意义。而“技术侦查措施”是法典新增的内容，条文呈现简单、抽象、概括之特征，急需科学、完善之司法解释予以细化和明确；且其直接关涉公民隐私权等宪法基本权利，规范不当恐导致被滥用的风险，侵犯公民基本权利，破坏“惩罚犯罪与保障人权”两大立法目的之平衡。

## 二、技术侦查措施的适用案件范围问题

2012年《刑事诉讼法》以5个条文构建了“技

术侦查措施”制度。与2012年《刑事诉讼法》同步生效的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》（以下简称最高法《解释》）、最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》（以下简称最高检《规则》）、公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》（以下简称公安部《规定》）及最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》（下文简称六机关《规定》）对前述5个条文进行了细化与明确，在一定程度上增强了条文的可操作性。但是仔细分析上述文件关于技术侦查措施的解释条文，不难发现，其显然没有完成司法解释之明确文本含义、增强法律条文可操作性、划分权限（界分专门机关的权限、界分公权与私权的界限）、弥补法律文本的疏漏之任务。<sup>[4]</sup>具体问题详述如下：

法律文本被恰当适用的前提是含义的确定性，表述的准确性和规范的完整性。但是，构成法律的许多语言或多或少总有不明确的地方。语言有核心部分与边缘部分之分，语言的核心部分，其意义固然十分明确，但是越趋近边缘就越模糊，语言边缘之处的“边缘意义”一片朦胧，极易引起争执，而其究竟属于该语言的“外延”领域内还是“外延领域之外，也难以确定”。<sup>[5]</sup>2012年《刑事诉讼法》第148条在规定技术侦查措施的适用范围时，使用了“重大的贪污、贿赂犯罪案件以及利用职权实施的严重侵犯公民人身权利的重大犯罪案件”“根据侦查犯罪的需要”的表述，但仅从条文表述来看，我们仍然无法确定什么是重大的、何为侦查犯罪的需要。最高检《规则》第263条将“重大贪污、贿赂犯罪案件”解释为“涉案数额在十万元以上，采取其他方法难以收集证据的重大贪污、贿赂犯罪案件”；将“利用职权实施的严重侵犯公民人身权利的重大犯罪案件”解释为“有重大社会影响、造成严重后果的或者情节特别严重的非法拘禁、非法搜查、刑讯逼供、暴力取证、虐待被监管人、报复陷害等案件”。

然而，仔细分析最高检《规则》的上述解释，会发现存在以下问题：第一，以十万元的涉案数额

作为能否适用技术侦查的分界点,实质上是在变相扩大技术侦查措施在职务犯罪侦查领域中的适用范围。按照这里10万元的金额界限,贪污、贿赂类案件很容易达到这一额度,而且因为只是“涉案”数额,最终认定的数额达不到10万元也可能适用。特别是在经济发达地区,这一数额显然是比较低的,当前众多涉及贪腐的案件,都可能符合上开之规定而适用技术侦查,这便使得技术侦查手段,有可能被滥用。<sup>[6]</sup>第二,将有重大社会影响、造成严重后果的或者情节特别严重的几类案件作为利用职权实施的严重侵犯公民人身权利的重大犯罪案件,一方面,仍然在“重大”“严重侵犯”“特别严重”之间进行循环解释,并未真正明确其适用的具体标准。另一方面,虽然明确了非法拘禁、非法搜查等案件,但是“等”字的出现,再加上前述之标准十分模糊,得出这样的结论恐怕也是合理的:只要检察人员认为符合了“重大”“严重侵犯”“特别严重”的标准,在所有的职务犯罪案件中均可以适用技术侦查措施。可以说,最高检《规则》实质上并未能对2012年《刑事诉讼法》第148条规定的案件范围进行明确,从其本质上看,仍然是相对模糊且较为宽泛的授权。<sup>[6]</sup>

### 三、“侦查犯罪的需要”“经过严格的批准手续”的解释问题

2012年《刑事诉讼法》第148条规定,公安机关、人民检察院应当根据“侦查犯罪的需要”,“经过严格的批准手续”,才能采取技术侦查措施。从表面上看,2012年《刑事诉讼法》为技术侦查措施的采用确立了相应的限制条件,但是由于立法采用了模糊的立法语言,从条文本身无法得知“侦查犯罪的需要”“经过严格的批准手续”究竟是指什么样的需要,什么样的手续,更不知何为严格的手续。

从解释学的角度出发,立法者在法律制定或修改时对文本中的一些概念没有做出明确的界定,一方面为法律适用者提供了更大的解读空间,另一方面也意味着此时需要对文本进行进一步的解释,从立法本意出发作出明确的界定。<sup>[4]</sup>从实

然层面来看,情况究竟如何呢?首先,在“侦查犯罪的需要”上,最高检《规则》将其解释为“采取其他方法难以收集证据”。公安部《规定》直接照搬了2012年《刑事诉讼法》的原文,即“根据侦查犯罪的需要”。然而无论是“侦查犯罪的需要”还是“采取其他方法难以收集证据”的表述,仅根据字面意思,很难确定是指为了侦破案件,在法律规定的案件范围内一开始就可以适用,还是存在无法收集充分的其他证据或者一般性侦查措施无法获得相关线索、证据、不能查获犯罪嫌疑人或存在紧急情况时,作为一种补充的侦查手段予以应用,强调其绝对必要性和最后的手段性。<sup>[7]</sup>另外,公安部《规定》看似无所作为,实质上是大有作为。其直接照搬“侦查犯罪的需要”之条文表述,为公安机关在侦查特定案件时随意采用技术侦查措施大开方便之门。因为“侦查犯罪的需要”是一个主观性极强的标准,其决定权完全掌握在办案人员及其部门领导手中,基于技术侦查措施本身便利性、有效性所带来的极大诱惑,在司法实践中遭致滥用恐怕丝毫不难理解。

其次,在“严格的批准手续”上,最高检《规则》完全照搬了2012年《刑事诉讼法》的表述,对于这些需要作出司法解释的立法模糊之处,相应的司法解释同样加以模糊化处理,呈现从法律的模糊性到解释的模糊性的留白现象。<sup>[8]</sup>最高检在这个问题上的态度着实让人费解。公安部《规定》则确立了自己的批准手续,第256条规定:“需要采取技术侦查措施的,应当制作呈请采取技术侦查措施报告书,报设区的市一级以上公安机关负责人批准,制作采取技术侦查措施决定书”。公安部则构建建设区的市一级以上的公安机关批准的审批模式。然而在特殊侦查措施需要严格保密的政策规制下,公安机关决定并适用特殊侦查措施是完全排除外部监督的,更断绝了当事人申请权利救济的途径。历史经验已经充分地证明仅仅依靠自身监督的制度是多么的危险,特殊侦查措施也概莫能外。在特殊侦查的批准问题上,引入司法审查或者令状机制是我国刑事诉讼法发展的必然趋势。

域外法治发达国家的立法与实践将特殊侦查的审查决定权赋予了法官,由法官根据令状原则进行司法审查。然而根据我国目前司法机关的机构设置与功能配备及司法实践,将特殊侦查的审查批准权赋予法官的各项条件还不成熟,贸然引入法官司法审查制度会对我国目前的刑事司法机制运行造成过大的冲击。结合实际,现阶段应当赋予人民检察院对特殊侦查措施的审批权。显然,这是一种折中的方案,但是基于我国宪法对人民检察院法律监督机关的定位,侦查监督是其法定监督职能之一,赋予其该项审批权比较有现实基础和可行性。如此亦能实现在审批环节上的外部监督,打破现有自我授权的格局,有助于特殊侦查的法治化。故应当在本条条文中明确规定人民检察院是特殊侦查的审批机关,具体职权可由侦查监督部门行使。当然,根据2012年《刑事诉讼法》第18条的规定,公安机关与人民检察院侦查部门立案侦查的案件范围不同,因此在批准的程序上应当有所区别。对公安机关立案侦查的案件,需要适用特殊侦查措施的,应当由公安机关同级的人民检察院侦查监督部门审查批准。对于人民检察院自行立案侦查的案件,需要适用特殊侦查的,应当由上一级人民检察院侦查监督部门审查批准。<sup>[7]</sup>可以这样认为,最高人民检察院在这个问题上的暧昧态度,实质上是赋予所有层级的检察机关都有权批准采用技术侦查手段。而公安部之所以违背立法意志,建立行政审批式的批准程序,实质上是在摆脱任何的外部监督,以技术侦查措施需要秘密采取为名,行自我授权便利办案之实。<sup>[9]</sup>

#### 四、技术侦查措施种类的解释问题

2012年《刑事诉讼法》第149条规定,批准决定应当确定采取技术侦查措施的种类和适用对象。立法之所以这样规定,可能是出于特殊侦查措施的种类等信息公开与特殊侦查活动所要求的

保密性是否存在矛盾的顾虑。有很多学者认为如果要发挥特殊侦查措施在侦查复杂、重大或无被害人等特殊案件中一般侦查措施无法比拟的巨大作用,就必须使有关特殊侦查措施的所有信息都处于保密状态。一旦被公开,可能会使特殊侦查手段失灵,对侦查工作带来不利的影 响。仔细分析会发现上述观点是值得商榷和探讨的。首先特殊侦查的概念、种类、审批程序的公开,并不是特殊侦查实施过程和细节的公开。在审判过程中使用通过特殊侦查手段取得的证据同样不会暴露特殊侦查措施的实施细节,因此不太可能会被犯罪嫌疑人、被告人、甚至潜在犯罪人知悉详尽的细节,并不会存在削弱其侦破作用的风险。其次,特殊侦查措施会在不同程度上侵犯侦查对象甚至社会公众的基本宪法权利,在刑事诉讼法中对特殊侦查制度相关问题加以规定,正是刑事诉讼法治化的必然要求,彰显了现代刑事法限制权力和保障人权的理念。另外,在社会生活日益网络化的背景下,公众了解信息的渠道十分广泛,尤其是警匪类电视剧的大量出现,使公众对侦查机关的侦查手段较之过去有了深入的了解。单纯地在法律上掩盖特殊侦查措施的存在并不能达到阻止公众知悉有关内容的效果。<sup>[7]</sup>

公安部《规定》第255条对技术侦查的种类进行了细化,“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、通讯监控、场所监控等措施”。最高检《规则》在这个问题上虽然依旧简单照搬2012年《刑事诉讼法》的条文表述,但是将技术侦查措施的执行权让渡给了公安机关<sup>①</sup>,故在规则设置思路不存在大的问题。但是有一个问题值得注意:就是技术侦查措施的适用对象问题——特殊侦查措施的适用对象不仅包括适用案件范围,也包括适用的对象的范围,即对什么人能采取

<sup>①</sup> 最高检《规则》第263条规定,“……可以采取技术侦查措施,交有关机关执行”。公安部《规定》第256条则规定,“人民检察院等部门决定采取技术侦查措施,交公安机关执行的,由设区的市一级以上公安机关按照规定办理相关手续后,交负责技术侦查的部门执行,并将执行情况通知人民检察院等部门”。通过这两个条文可以看出,检察机关无意行使或者说故意让渡了技术侦查措施的执行权。

特殊侦查措施。最高检《规则》第263条仅规定了适用的案件范围,而未明确适用的人的范围。有学者认为,如果仅从条文表面来看,可以揣测最高人民检察院倾向于以案件为对象,因此规定了具体的罪名,而且以案件为对象显然给实务部门留下了较大的空间。<sup>[6]</sup>按照这种观点,那么只要是与案件有关的人,均可能成为技术侦查措施的使用对象,这样势必带来技术侦查措施滥用侵犯案件当事人、其他诉讼参与人甚至一般人的基本宪法权利的严重后果,与立法严格限制技术侦查措施的意旨相悖。

公安部《规定》第255条第2款规定,技术侦查措施的适用对象是犯罪嫌疑人、被告人以及与犯罪活动直接关联的人员。从条文内容分析,公安部《规定》的该条文似乎已经严格限制了适用对象的范围,彰显了严格控制技术侦查措施适用的决心。但是仔细分析,不难发现貌似限缩,实为扩张,理由如下:1.从2012年《刑事诉讼法》第148条规定的立法本意出发,技术侦查措施,无论是公安机关或是检察机关决定,均仅适用于特定案件的侦查阶段,适用于犯罪嫌疑人,而不能用于审判阶段,不能适用于被告人。就算是为了配合2012年《刑事诉讼法》第148条第三款“为了追捕被通缉或者被批准、决定逮捕而在逃的犯罪嫌疑人、被告人”的立法需要,在该款规定的情形下,可以将被告人纳入适用对象的范围,但也仅限于“追捕所必需的技术侦查措施”。且公安部《规定》第254条第2款已经用专门条款规定了此种特殊情形。从条文简洁性、层次性、科学性的角度出发,应当将此种特殊情形与一般情形予以分开规定,以防技术侦查措施在诉讼阶段上的不当扩张。故公安部《规定》第255条第2款显然突破了2012年《刑事诉讼法》的限制,属于僭越法律的典型表现。2.公安部《规定》第255条将与犯罪活动直接关联的人员纳入了技术侦查措施的适用对象范围。但是“与犯罪活动直接关联的人员”范围极不确定,被害人、证人、犯罪嫌疑人、被害人的家属、同事、同居者是否属于此范围目前尚存在争议。无论持哪种观点,均具有一定的理由予以支撑。然从侦查实践出发,根据我国刑事司法现状、

刑事案件侦查实践及侦查机关在使用特殊侦查措施中的一贯做法中所表现出的为了侦破案件随意扩大适用范围的行为倾向,因此,该条规定极易在司法实践中被办案人员人为扩大解释,从而将这种最严厉、却最隐蔽的侦查措施用到与案件不相关的人身上。因此,笔者认为,从法律层面上分析,应当对“人”的范围进行进一步明确限制,仅限于犯罪嫌疑人,禁止对被害人、证人采取特殊侦查措施。对此,可参照德国的做法。德国刑事诉讼法将特殊侦查措施的适用对象范围规定为犯罪嫌疑人和其他与案件或犯罪嫌疑人有关的人。德国《刑事诉讼法典》第100条a5项规定:“命令监视、录制电讯往来时,只允许针对被指控人,或者针对基于一定事实可以推断他们在为被指控人代收或者转送他所发出信息的人员,或者针对被指控人在使用他们的电话线的人员作出命令。”

## 五、小结:立法抑或释法

“我多么喜欢翻篱笆抄小路回家呀!……可是我总不敢如此做。”<sup>[10]</sup>随着社会发展与科技的进步,犯罪活动日益显现出隐蔽化、复杂化、高智能化、组织化、无被害人化等特点。作为对犯罪活动的积极应对,特殊侦查手段对于侦查机关侦破案件具有无可替代的巨大功能。然而,技术侦查措施犹如悬在我们每个人头顶上的达摩克利斯之剑,用之不当,将产生巨大的负面效果。2012年《刑事诉讼法》关于技术侦查措施的规定不仅呈现抽象、概括的特征,而且还将若干重要概念和制度的解释和创制权交付于司法解释。概言之,科学、合理的司法解释对技术侦查措施功能的充分、合理发挥,在保障人权与惩罚犯罪之间保持动态平衡发挥着不可替代的作用。司法解释应当遵循“解释的标的是‘承载’意义的法律文字,解释就是要探求这项意义”的基本准则<sup>[11]</sup>。然而,从实然角度出发,目前的司法解释还存在着种种问题,其中违背立法意图,扩大自己权限、限缩公民权利、创设诉讼制度等问题十分明显,实质上成为代替刑事诉讼法的部门刑事诉讼法典,不仅严重损害法的权威性和法制的统一,而且直接冲击了现行的权利格局。<sup>[3]</sup>我们承认,从经验和理性的角

度考量,不仅完美无缺的法典不存在,而且解释也具有其存在的必要性<sup>[4]</sup>,但亦不能忽视法律解释的依附性和从属性。<sup>[5]</sup>

#### [参考文献]

- [1] 张建伟.刑事诉讼司法解释的空间与界限[J].清华法学,2013(6).
- [2] 王利明.法律解释学[M].北京:中国人民大学出版社,2011:1.
- [3] 汪海燕.“立法式”解释:我国刑事诉讼法解释的困局[J].政法论坛,2013(6).
- [4] 汪海燕.刑事诉讼法解释论纲[J].清华法学,2013(6).
- [5] 仁寿.法学方法论[M].北京:中国政法大学出版社,1999:75.

- [6] 胡铭.技术侦查:模糊授权抑或严格规制——以《人民检察院刑事诉讼规则》第263条为中心[J].清华法学,2013(6).
- [7] 董林涛.论特殊侦查制度的立法构建——以完善《刑事诉讼法修正案(草案)》为出发点[J].上海政法学院学报(法治论丛),2012(1).
- [8] 张建伟.刑事诉讼司法解释的空间与界限[J].清华法学,2013(6).
- [9] 杨洪梅.我国技术侦查制度存在的问题及完善路径[J].重庆理工大学学报:社会科学,2012(12).
- [10] 林语堂.生活的艺术[M].长沙:湖南文艺出版社,2012:1.
- [11] [德]卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥,译.北京:商务印书馆,2004:194.

(责任编辑:杨睿)

## Analysis of Several Problems in Legal Explanation of “Technical Detection”

——From the Perspective of Legal Explanation

DONG Lin-tao

(Graduate School, Chinese University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

**Abstract:** A section of “technical detection” was added to “detection” chapter in new Criminal Proceedings Code to legalize “technical detection” measures which have been in obscure state, embodying the balance between human rights protection and crime control, however, there are problems in the Code such as excessive abstraction, excessive summarization and legal omission. In order to make the legislations carried out, legal explanation plays an irreplaceable role, however, the analysis from practical level reveals that there are many problems in the legal explanation of “technical detection”, such as the explanation copying the legal provisions on the problems in applicable range of the judicial cases, ratifying conditions and procedures, criminal types and so on or going out of the legislation to self-create institutions. Through the legal explanation and critical analysis of the legal provisions on “technical detection measures”, the reflection on the existed problems in the whole Criminal Proceedings Code from point to overall legislation is revealed and reflected.

**Key words:** technical detection; legal explanation; human rights protection; power regulation.