监听侦查的法治实践：美国经验与中国路径

曾　赟 *

内容提要：20 世纪 50 年代，我国侦查机关就开始采用耳目监听等秘密方式收集违法犯罪证据。20 世纪 90 年代至 21 世纪初，国家安全机关、公安机关、检察机关的监听侦查行为相继得到合法化。在这一合法化过程中，我国监听侦查法治实践主要从构建“附需要理由的严格批准程序”和满足“侦查犯罪的需要”的实体性程序这两个方面展开，公民宪法上的隐私权并未在这一过程中得到体现。为保护公民宪法上的隐私权免受监听侦查权的任意侵害，我国监听侦查法治实践应沿着程序性正当程序与实体性正当程序的构建渐次推进。首先，发展宪法上隐私权对监听侦查的防御功能；其次，通过不同层级法院许可令的构建，创设程序性正当程序的控权机制；再次，通过廓清犯罪调查的一般需要与超越法律执行一般需要的特别需要之间的界线，建立隐私期待的适当性和“特别需要”原则这两个实体性正当程序审查标准。

关键词：监听侦查　隐私权　程序性正当程序　实体性正当程序

“监听”有监视、窃听之意。根据 2012 年刑事诉讼法的相关规定，监听侦查为技术侦查的下位概念，〔1〕其可被界定为：侦查机关在办理案件的过程中，依据侦查犯罪的需要，经过严格的批准手续，采用监视、窃听等技术手段而进行的秘密调查取证活动。即其兼具技术性和秘密性这两个特征：技术性特征将监听侦查与诱惑侦查、卧底侦查等隐匿身份的侦查区别开来；〔2〕

* 浙江工商大学法学院教授。

本文系笔者主持的国家社会科学基金项目“刑事司法公信力评估指数研究”（14BFX059）的阶段性成果。

〔1〕我国学者在界说技术侦查概念时主要区分了广、狭两种不同含义。根据 2012 年刑事诉讼法第 148 条、第 151 条的规定，立法机关采用了广义说，涵盖了狭义技术侦查、乔装侦查和控制下交付。据此，监听侦查和狭义技术侦查的含义基本相同。另外，有学者将狭义技术侦查概念包括在秘密侦查概念之内。也有学者不认同这种观点，认为应该从概念背后实际需要法律解决的问题入手来理解。参见熊秋红：《秘密侦查之法治化》，《中外法学》2007 年第 2 期，第 142 页。

〔2〕有学者认为，单纯的隐匿身份侦查主要体现为身份的隐蔽性，其不具有科学技术性，而仅具秘密性。参见张建伟：《特殊侦查权力的授予与限制——新〈刑事诉讼法〉相关规定的得失分析》，《华东政法大学学报》2012 年第 5 期，第 103 页以下。

秘密性特征则将监听侦查与测谎等刑事侦查技术手段区别开来。〔3〕因此，监听侦查措施主要包括电子侦听、电话监听、电子监控、秘密拍照或录像、秘密获取某些物证、邮件检查等秘密技术侦查手段。〔4〕监听侦查可谓科学技术进步的伴生物，甚至可以说早在19世纪70年代电话进入社会生活之时就有了监听。与之相伴，个人隐私也开始受到电话窃听不同程度的侵扰。随着信息技术的持续变革，监听侦查手段日趋多样，诸如电子记录器监视、〔5〕监测和跟踪装置监视、〔6〕热成像扫描、〔7〕“食肉猛兽”电子包监控、〔8〕航拍、电子监听等等，不一而足。与此同时，个人隐私遭受监听侦查侵入的程度也日趋加深。

在个人隐私日渐遭受监听侦查侵入的过程中，法治国家面对的一个难题是：为保护公民宪法上隐私权不受恣意侵害，在法治实践中应怎样才能将监听侦查权控制在某一合理范围内。追溯监听侦查法治实践的演进轨迹，我国监听侦查法治实践的路径选择可从以下三个方面来考量：一是发展宪法上隐私权对监听侦查的防御功能；二是构建程序性正当程序对监听侦查的控权机制；三是建立监听侦查的实体性正当程序审查标准。这三者之间是相互关联的：首先，宪法上隐私权防御功能的发展是构建监听侦查程序性正当程序和实体性正当程序的基础。若无前者，正当程序的构建乃为无源之水。其次，程序性正当程序控权机制的构建是发展宪法上隐私权防御功能的前提。若无前者的支持，宪法上隐私权对监听侦查的防御功能会无从发挥。再次，实体性正当程序审查标准的建立是发展宪法上隐私权防御功能的关键。监听侦查不得任意实施，但是，为了维护重大而迫切或者至关重要的公共利益，监听侦查对程序性正当程序的减损不可避免，公民宪法上的隐私权也会随之受损。故其对程序性正当程序的减损必须具有实体正当性，即满足实体性正当程序的审查标准。

一、发展宪法上隐私权的防御功能

为寻求国家刑事惩罚权和公民基本权利的平衡点，发展宪法上隐私权对监听侦查的防御功能终归是实施依法治国方略的题中之义。在我国监听侦查法治实践的进程中，立法对个人隐私的保护经历了由民事权利保护向基本权利保护的变迁。1996年刑事诉讼法将个人隐私保护纳入审理程序，首次将民法上的隐私权保护置于刑事法治的视域中。〔9〕在这之

〔3〕 有学者曾将测谎技术纳入技术侦查的范畴之中（参见宋英辉：《刑事程序中的技术侦查研究》，《法学研究》2000年第3期，第74页以下）。当然，基于侦查实践的习惯，学者普遍将测谎等单纯的技术手段归属于刑事技术范畴，即刑侦部门的业务范围而非技术侦查的范围（参见万毅：《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》，《现代法学》2012年第11期，第182页以下）。

〔4〕 参见朗胜、王尚新主编：《〈中华人民共和国国家安全法〉释义》，法律出版社1993年版，第72页；朗胜主编：《〈中华人民共和国人民警察法〉实用问题解析》，中国民主法制出版社1995年版，第80页。

〔5〕 电子记录器（pen register）是一种记录或解码有线通讯、电子通讯传输中的拨号、线路、地址或信号信息的装置。通过安装和使用这种装置，可获得电话号码、通讯地址等信息，但不能获取任何内容信息。18 U. S. C. §3127(3)(4).

〔6〕 监测跟踪装置（trap and trace device）是一种能捕获输入电子或其他脉冲的装置，其可鉴别主叫号码或其他拨号、线路、地址和信号信息，但不能捕捉任何内容信息。18 U. S. C. §3127(3)(4).

〔7〕 热成像扫描（thermal scan）主要用于侦破种植毒品原植物犯罪，因为大麻等毒品原植物在高强度电灯的照射下可在室内生长。

〔8〕 “食肉猛兽（Carnivore）”是一种拦截可疑电子邮件的电子包装置，也可用于窃听，其最早由美国联邦调查局开发。

〔9〕 1996年刑事诉讼法第152条第1款。

前，1979 年刑事诉讼法并未将个人隐私作为一项权利来对待，而仅提及案件审理中“个人阴私”的保护问题。〔10〕2012 年刑事诉讼法更加关注个人隐私的法律保护，相关规定亦增加至 3 处，其中第 150 条第 2 款直接关涉监听侦查过程中个人隐私的保护问题。〔11〕然而，根据立法原意，前述 3 处规定仍囿于民事权利的视域，而未将隐私权的保护上升至宪法基本权利的层面。但令人欣慰的是，2012 年刑事诉讼法第 2 条明确规定了“尊重和保障人权”，这为我国监听侦查法治实践将个人隐私的保护作为基本权利的保护来对待打开了空间。而发展宪法上隐私权对监听侦查的防御功能，可主要从以下三个方面予以考量。

（一）发展宪法上隐私权防御的规范结构

宪法上隐私权的防御功能源于宪法关于隐私权保护的相关规定。由于多数国家的宪法并未将隐私权明文列为基本权利，故法治实践往往基于宪法防御功能的视角，通过宪法解释来发展宪法上隐私权保护的规范结构。美国的法治实践可谓采用宪法解释发展宪法上隐私权规范结构的典范，其中 1965 年格雷斯沃德诉康涅狄格州案具有里程碑意义。联邦最高法院大法官道格拉斯在该案的多数意见中指出，宪法上的隐私权包括了一个诸如社会中的婚姻制度以及已婚夫妻性关系的隐私领域的保护。〔12〕而在该案判决之前，联邦最高法院仅承认来自宪法第四、第五修正案的隐私权。自此案之后，联邦最高法院确认了一种独立于第四、第五修正案的一般隐私权。另一在一般隐私权的确立上具有重要意义的判例是 1973 年的罗伊诉韦德案。联邦最高法院在该案中推翻了各州限制堕胎或宣布堕胎为非法的法律，确认了妇女享有堕胎的权利为宪法所保护的隐私权。〔13〕关于作为基本权利的隐私权为何能从宪法修正案中推演出来，有美国学者指出：宪法是关于政府可以做什么而非人民可以做什么的基本法，因此，尽管宪法没有规定隐私权，但人民可以享有这样一种基本权利；这正如宪法没有规定结婚的权利，人民却理所当然地享有；宪法的创制是用来限制、界定政府有限的权力的，因此，宪法没有授予政府某一权力，政府就无此项权力；但是，如果宪法没有规定人民享有某一基本权利，人民却并不因此而失去那些基本权利。〔14〕

自格雷斯沃德案开始，美国从宪法修正案所规定的特定权利中，构造了各种不同的隐私权规范结构。宪法第一修正案保护言论与出版自由，由此暗含了结交的自由，因为人们必须被允许自由地与他人结交才能拥有这一特定保护，而这显然包含了宪法对结交隐私权的保护。宪法第三修正案禁止未经房屋所有人同意而在其私人住宅驻扎军队，从而含蓄地确认了住宅不受侵犯的隐私权。宪法第四修正案禁止不合理的搜查和扣押、第五修正案反对自证其罪，这些条款都有利于保护个人在面对政府干预时享有住宅与生活方面的隐私权。宪法第九修正案规定：“宪法所列举的权利不能被解释为对人民所保有的其他权利的否定”；第十修正案规定：“宪法没有授予联邦政府的权力以及没有禁止授予州政府的权力，分别由州政府或人民享有。”由是观之，尽管美国宪法没有明确规定隐私权，但事实上，隐私权在不同方面起着防御政府任意侵害宪法修正案所保障的基本权利的功能。

---

〔10〕 1979 年刑事诉讼法第 111 条第 1 款。

〔11〕 2012 年刑事诉讼法第 52 条第 3 款、第 150 条第 2 款、第 183 条第 1 款。

〔12〕 Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 479 (1965).

〔13〕 Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973).

〔14〕 See Harry Browne, *Does the Constitution Contain a Right to Privacy*?, http://www. harrybrowne. org/articles/PrivacyRight. htm, 2015 年 1 月 3 日访问。

欧陆诸国及我国台湾也多采用宪法解释来发展宪法上隐私权防御的规范结构。例如，德国隐私权的宪法保护直接源于德国宪法法院对基本法第1条（“人性尊严不可侵犯”）与第2条第1项（“人人有自由发展其人格的权利，但以不侵犯他人之权利，或不违反宪政秩序或道德规范者为限”）的解释。我国台湾亦将隐私权视为受“宪法”保护的基本权利。其“司法院”在第585号解释理由书中指出：“隐私权虽非宪法明文列举之权利，惟基于尊严与个人主体性之维护及人格发展之完整，并为保障个人生活秘密空间免于他人侵扰及个人资讯自主控制，隐私权乃为不可或缺之基本权利，而受‘宪法’第22条所保障”。

依据我国宪法第67条第1项的规定，全国人大常委会具有解释宪法的权力。因此，2012年刑事诉讼法“尊重和保障人权”条款的具体施行，在一定程度上有赖于全国人大常委会宪法解释功能的充分发挥。同时，有学者认为，我国宪法虽然没有明确规定隐私权，但通过对宪法第38条、第39条、第40条的解释，作为宪法权利的隐私权可由此推演出来；例如，依据宪法第39条、第40条，公民享有住宅隐私权和通信隐私权。〔15〕笔者认为，既然我国宪法将住宅权利和通信权利明确规定为基本权利，而住宅、通信本身所固有的私密性又使得住宅权利、通信权利并非仅仅为一种财产上的权利，因此，从中解释出宪法上的住宅隐私权和通信隐私权应不成问题。但是，住宅隐私权和通信隐私权并无法涵盖监听侦查侵犯公民个人隐私的方方面面，从而也难以为限制通信监察措施的采用提供全面的宪法依据。〔16〕因此，我国法治实践在发展宪法上隐私权的防御功能时，需导出宪法上的一般隐私权。对此，有学者基于宪法第38条的“人格尊严”条款直接推导出了宪法上的一般隐私权，也有学者基于扩大解释推演了宪法上的一般隐私权。〔17〕与上述观点不同，笔者主张：唯待“人性尊严”被写入我国宪法后，宪法上的一般隐私权方能由此推导出来。〔18〕当然，无论我国宪法上的一般隐私权是否可从宪法规定中推导出来，我国公民享有宪法上的住宅隐私权和通信隐私权则自不待言。

（二）拓展隐私权防御的区域和范围

在宪法上隐私权防御的规范结构被导入刑事司法领域后，宪法上隐私权防御功能的发展主要体现在个人隐私保护区域和范围的拓展上。追溯监听侦查法治实践的发展轨迹，个人隐私区域和范围的保护经历了两个不同的发展阶段：一是从禁止对个人住宅或私密空间的物理侵入演进到禁止对个人私密信息的非物理侵入；二是从保护个人隐私区域发展到保护个人合理的隐私期待。

1．禁止物理侵入个人住宅或私密空间

宪法规范对隐私区域的保护蕴涵着一条古老而又简明的法则——“一个人的住宅就是他的城堡”。质言之，个人的住所具有神圣不可侵犯性。除此之外，这项法则明显认可这样

〔15〕 参见程雷：《秘密侦查立法宏观问题研究》，《政法论坛》2011年第9期，第75页。

〔16〕 参见前引〔1〕，熊秋红文，第153页。

〔17〕 王利民认为，宪法第38条在很大程度上可以作为隐私权的宪法基础（参见王利民：《隐私权概念的再界定》，《法学家》2012年第1期，第109页以下）；林来梵、骆正言则认为，通过对宪法“人格尊严”条款作扩大解释，可导出宪法上的一般隐私权（参见林来梵、骆正言：《宪法上的人格权》，《法学家》2008年第5期，第66页）。

〔18〕 参见曾赟：《法律程序主义对预防行政的控制——以人身自由保障为视角》，浙江大学出版社2011年版，第291页以下。

的假定，即人们在自己的私人空间范围内享有免受他人注视的自由。这正如美国法治实践中许多判例所指明的那样，执法机构非法侵入受保护的私人领域，构成了对宪法第四修正案的根本违反和对隐私权的侵犯。〔19〕而“普通法已经确认一个人的住宅就是他的城堡，这甚至对于执行命令的政府官员来说，也牢不可破。法院怎可以关闭制定法权威的前门，却又可以大开以供闲暇和淫秽的好奇心的后门呢?”也就是说，私人领域——住宅具有神圣的地位，无论是政府机构，还是任何其他人对该领域多管闲事的打听，均构成对隐私权的侵犯。〔20〕

在宪法上隐私权防御功能发展的早期，禁止侵入个人隐私区域仅指对物理侵入个人住宅或私密空间的禁止。也就是说，政府通过电子监听等非物理方式侵入个人的隐私领域还不被视为对个人隐私区域的侵入，从而不构成对宪法上隐私权的侵犯。美国联邦最高法院在 1928 年欧尔姆斯特德诉美国案的审理中即持此观点。〔21〕大法官塔夫托在发表 5∶4 的多数意见时明确指出，使用听觉传感器获取证据既没有侵入被告人的住宅，也没有侵入他们的办公室，因此搭线窃听不是宪法修正案所禁止的搜查或扣押。该案是美国监听侦查法治实践中首次审查电子监听合宪性的案件，其虽以否定电子监听侵犯了宪法上隐私权而告终，却为私人自主领域的信息免受政府不当干预的权利保护打开了空间。作为对欧尔姆斯特德案的回应，美国国会通过的 1934 年《通讯法》第 605 条明确禁止任何拦截、泄露、发布无线通讯的行为。尽管如此，在 1942 年的戈德曼诉美国案中，美国联邦最高法院仍坚持认为，窃听器（一种安装于建筑物墙壁、能听见建筑物内谈话的装置）的使用并没有违反 1934 年《通讯法》，也不构成宪法第四修正案所禁止的搜查。〔22〕

2．禁止非物理侵入个人私密信息领域

20 世纪 60 年代，宪法上隐私权的防御功能仅限于禁止物理侵入个人住宅或私密空间的情况发生了根本改变。美国联邦最高法院在 1961 年西尔弗曼诉美国案中，推翻了欧尔姆斯特德案的判决，将私人或个人的空间、范围延伸至个人私密的、敏感的或机密的信息领域，从而大大拓展了宪法上隐私权保护的区域和范围。〔23〕在 1967 年伯格诉纽约州案中美国联邦最高法院进一步指出：谈话信息内容受宪法第四修正案保护，任何非法使用电子装置捕捉谈话内容的监听侦查均为对第四修正案的违反，从而构成对宪法保护的隐私区域的不合理侵入。〔24〕

需要特别指出的是，随着反恐怖主义斗争的深入展开，虽然宪法上隐私权的防御功能有所减弱，但法治实践对个人私密信息领域的宪法保护并未因此改变。在 2001 年克罗诉美

〔19〕 See Helen Nissenbaum, *Privacy as Contextual Integrity*, 79 (1) Washington Law Review 119 – 157 (2004).

〔20〕 See Warren and Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 Harvard Law Review 193 – 220 (1890).

〔21〕 该案中，美国联邦禁酒委员会怀疑嫌疑人非法从事酒类的储存、运输、贩卖活动。在未经法院签发搜查许可令状的情况下，联邦禁酒委员会官员在欧尔姆斯特德的办公楼地下室实施搭线窃听，窃听装置联结了嫌疑人住宅和办公室。在经历了持续数月的窃听之后，联邦禁酒委员会发现该案当事人正在从事大量的酒类走私活动。Olmstead v. United States, 277 U. S. 438 (1928).

〔22〕 Goldman v. United States, 316 U. S. 129, 131 (1942).

〔23〕 该案中，政府使用长金属麦克风与屋内一暖器设备相连，然后凭借暖器设备的声音传播作用，窃听房屋内的谈话。美国最高法院指出，未经法院签发许可令状，采用电子窃听装置窃听嫌疑人在房屋内的谈话，构成对宪法上隐私权的根本侵害。Silverman v. United States, 365 U. S. 505, 506 (1961).

〔24〕 该案中，纽约州警察依据《纽约州刑事程序法典》第 813 条 a 款，获得了法院许可在伯格办公室安装窃听器的令状。依据监听获得的证据，伯格被确定有罪。美国联邦最高法院认为，上述条款的语言过于宽泛，缺乏充分的司法监督和保护程序，违反了宪法第四、第十四修正案。Berger v. New York, 388 U. S. 41, 44 (1967).

国案中，前述判决所确定的原则仍被沿用。大法官斯卡利亚在发表5∶4的多数意见时指出："在住宅内……所有详细资料都为机密资料，因为整个区域均为政府不得侵入的领域。个人在他或她的住宅内有隐私期待，即使政府仅使用技术监听手段而未进入住宅内，也构成宪法第四修正案的搜查。因此，在没有法院签发搜查令的情形下，警察的监听侦查是不合理的"；"对私人住宅的侵入必须划出一条明确的分界线"。〔25〕

3．保护个人合理的隐私期待

尽管隐私权防御的区域和范围在司法适用和立法实践上已经延伸至个人资讯领域，但仍不足以涵盖政府侵入个人隐私的所有情形。基于此，美国联邦最高法院在1967年卡茨诉美国案中提出了"合理的隐私期待"理论，从而突破了隐私区域理论所固有的限制。〔26〕该案的关键是警察在公用电话亭外安装窃听装置是否违反宪法第四修正案，从而构成不合理的搜查。美国最高法院认为，政府执法官员在公用电话亭监听与录制原告的谈话，违反了宪法第四修正案所保障的权利，构成了不合理的搜查。大法官斯图尔特在发表多数意见时指出，"一个在公用电话亭内，并关上电话亭门打电话的人有权假定：他对着话筒说的话不会传向外界。"在美国联邦最高法院看来，宪法第四修正案所保障的隐私权不在于某一区域范围，而在于个人对隐私的合理期待。总之，美国联邦最高法院清楚地说明了隐私保护所需的两方面要求：一是个人主观上已表现出对隐私的期待；二是个人的这种隐私期待在社会公众看来是合理的。卡茨案的判决表明，即便在公共场所进行监听侦查，也可能构成对个人隐私期待利益的不可接受的侵犯。

我国宪法目前虽然尚不具备司法功能，但随着十八届四中全会全面推进依法治国方略的确立，我国的社会主义法治实践必将有序推进宪法的实施。因此，基于宪法上隐私权防御功能的视角，在刑事司法领域开展个人隐私区域和范围保护方面的研究，对我国监听侦查的法治实践来说就有不同寻常的意义。当然，相关的理论研究在我国学界已经展开。比如，自2002年"陕西黄碟案"始，住宅隐私权的宪法保护问题引起了学界的广泛关注。至2014年，学者的关注已向个人私密信息领域的宪法保护拓展，其中的一个标志性事件是"贵州省教育厅要求各普通高等学校建立全覆盖的课堂视频监控与跟踪系统"被选为2014年十大宪法候选事案之一。由是观之，在我国监听侦查的法治实践中，应首先依据宪法第38条、第39条、第40条和2012年刑事诉讼法第2条，将隐私权作为一项宪法权利来对待；其次，应充分拓宽隐私权保护的宪法管道，拓展隐私权防御的合理范围和空间；再次，在监听侦查的法治实践中，应明确禁止监听侦查任意侵害个人宪法上的隐私权。

（三）制定个人私密信息保护专门法律

针对政府过分热衷于收集和使用个人信息的立场，为保护个人私密的、敏感的信息免受监听侦查任意侵入，立法机关往往通过制定一系列个人私密信息保护方面的专门法律来应对。其一，制定个人私密资讯保护专门法律。例如，美国国会在20世纪末通过了一系列私密资讯保护方面的专门法律，明确界定了受保护资讯的范围，清晰划定了监听侦查的行

〔25〕 该案中，警察为查明嫌疑人是否正在生产大麻，使用热成像装置侦查嫌疑人住宅内的热模式。Kyllo v. United States, 533 U. S. 27 (2001).

〔26〕 该案中，警察为获取卡茨的犯罪证据，在卡茨使用的公用电话亭外安装了电子监听装置。根据卡茨的谈话录音，警察获取了他从事传送赌博信息相关犯罪活动的证据。Katz v. United States, 389 U. S. 347 (1967).

动界限，诸如学生受教育记录、金融机构客户资料、健康与医疗信息等均为受保护的个人私密资讯。〔27〕20 世纪 90 年代，欧盟也相继颁行了隐私权保护方面的专门法律。例如，1995 年《欧盟个人资讯保护指令》第 8 条第 1 项明确规定了所谓敏感资讯，即显示种族来源、政治意见、宗教或哲学信念、参与工会的资讯以及涉及健康、性生活方面的信息。同时，该指令明确禁止处理个人敏感资讯。其二，制定个人电子通讯隐私保护专门法律。为保护个人电子通讯隐私免受政府任意监听，立法机构一般都制定了个人通讯隐私保护方面的专门法律。例如，美国国会于 1986 年通过的《电子通讯隐私法（Electronic Communications Privacy Act）》明确禁止对传输中的有线通讯、无线通讯或其他电子通讯进行拦截，同时还明确禁止未经法院授权而获取已存储的电子通讯。〔28〕21 世纪初，为适应反恐怖主义斗争的特别需要，美国国会曾先后三次对《电子通讯隐私法》进行修改。〔29〕经修改后，该法对监听侦查的控制强度虽然有所减弱，但其对个人私密信息的保护强度基本未变。

我国关于个人私密信息保护方面的专门法律，目前仅有 2012 年的《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的决定》，其他相关规定则散见于刑法、侵权责任法等法律、电信条例等行政法规以及电信和互联网用户个人信息保护规定等行政规章。〔30〕就现有的立法状况看，所有关涉个人私密信息保护的法律、法规、规章均将隐私权视为民事权利，而未将其作为宪法权利来对待。如所周知，作为民事权利的隐私权显然无法防御监听侦查权的任意侵害。随着社会主义法律体系在我国已基本形成，立法机关将进一步关注专门性立法工作。就此而论，在积累了个人私密信息保护方面的立法经验之后，凡于授予执法机关以监听侦查权之处，我国立法机关均应考虑将个人隐私权作为宪法权利来对待。

二、构建程序性正当程序的控权机制

长期以来，我国监听侦查法治实践中程序性控权机制的构建，主要沿着设定“附需要理由的严格批准程序”和肯定“监听侦查所得证据的合法性”这两个层面展开。前者主要包括：一是设定“侦查犯罪的需要”的内容。根据 1993 年国家安全法、1995 年人民警察法、2012 年刑事诉讼法和 2014 年反间谍法，侦查犯罪的需要包括国家安全机关、公安机关侦查危害国家安全行为、间谍行为的需要和公安机关、人民检察院侦查犯罪的需要。〔31〕二

〔27〕 例如：1974 年《家庭教育权和教育隐私法（Family Educational Rights and Privacy Act）》，该法于 2012 年修订；1978 年《财政隐私权法（Right to Financial Privacy Act）》；1988 年《视频隐私保护法（The Video Privacy Protection Act）；1996 年《健康保险便利与义务法》。

〔28〕 美国 1986 年《电子通讯隐私法》共包括三部分内容：一是《窃听法》。该法由 1968 年《综合犯罪控制与街道安全法（The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act）》的第三章——《窃听法（Wiretap Act）》修改而来。二是《电子记录器法（The Pen Register Act）》。该法明确规定，法律执行机构如果要获取个人电子记录，需经法院签发许可令。三是《获取已存储的有线与电子通讯记录交易记录法》。

〔29〕 美国 1986 年《电子通讯隐私法》于 1994 年经《法律执行通讯协助法（The Communications Assistance for Law Enforcement Act）》修改；其后又先后经 2000 年《爱国者法》和 2006 年被重新授权的《爱国者法》修改；2008 年则经该年修订的《外国情报监视法（Foreign Intelligence Surveillance Act）》修改。

〔30〕 例如：刑法第 252 条、第 253 条第 1 款、第 253 条之一；侵权责任法第 2 条、第 36 条；未成年人保护法第 39 条、第 69 条；消费者权益保护法第 14 条、第 29 条、第 50 条、第 56 条；电信条例第 58 条、第 66 条、第 71 条。

〔31〕 1993 年国家安全法第 10 条、第 33 条；1995 年人民警察法第 16 条；2012 年刑事诉讼法第 148 条第 1、第 2 款；2014 年反间谍法第 12 条。

是关于“批准机关”的制度性安排。根据前述法律，“严格的批准程序”条款未明确规定监听侦查的批准机关。根据公安部等的规范性文件，公安机关监听侦查申请报告书由设区的市一级以上公安机关负责人批准。〔32〕实践中检察机关则依据侦查对象的职级不同，设定相应的审查批准程序。需要特别指出的是，我们无法根据法律或规范性文件来知悉国家安全机关监听侦查的审查批准机关。由是观之，在长期的法治实践中，这种久为人诟病的“附需要理由的严格批准程序”并未沿着学者所期待的司法控制路径发生转变。

我国对“监听侦查所得证据的合法性”的肯定，大致可区分为两个阶段：一是“间接使用—合法化转换”阶段，始于1979年《公安部关于刑事侦察部门分管的刑事案件及其立案标准和管理制度的规定》。也就是说，侦查机关通过监听侦查等秘密侦查方式获得的证据材料，唯有通过合法形式转换为公开证据后方能使用。〔33〕在这一阶段的大部分时间里，我国的监听侦查主要表现为耳目利用等秘密方式。虽说早在20世纪50年代，我国侦查机关便开始采用耳目监听等秘密方式收集违法犯罪证据，〔34〕但在上述规定实施之前，监听侦查所得证据的可采性问题却未有任何明确规定。二是“直接使用—合法性肯定”阶段，始于2010年《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》。〔35〕在这一规定实施后，监听侦查所得证据无需经过合法性转换即可直接使用；2012年刑事诉讼法则以法律的形式进一步肯定了监听侦查所得证据的可采性。〔36〕然而，令人遗憾的是，2012年刑事诉讼法并未明确将监听侦查所得证据材料纳入非法证据排除的范围。〔37〕

为了严格控制监听侦查的任意实施，发展宪法上隐私权对监听侦查的防御功能，我们必须构建程序性正当程序的控权机制。对于如何构建，我国学者一般基于审查批准机关的制度性安排视角，主张司法控制或准司法控制。大致有以下三种主张：一是授权检察机关单独行使审查批准权。〔38〕二是根据不同情形，授权公安机关、检察机关或法院分别行使。例如陈瑞华认为，对公安机关负责侦查的案件，授权检察机关审批；对检察机关负责侦查的案件，则授权法院审批。〔39〕王东根据侵害公民权利的不同程度和案情缓急，主张分别授权公安机关、检察机关行使。〔40〕三是授权法院单独行使。〔41〕笔者认为：唯有授权法院单独

〔32〕 根据2012年公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》第256条，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。

〔33〕 根据1979年《公安部关于刑事侦察部门分管的刑事案件及其立案标准和管理制度的规定》：秘密侦察材料不能直接作为公开证据使用；耳目一般不公开出庭作证；必须严格按照刑事诉讼法的规定，将秘密侦察得来的材料，通过合法的形式，转换为公开的证据，才能在诉讼活动中使用。1984年公安部《刑事特情工作细则》、2000年公安部《关于技术侦察工作的规定》也有类似规定。

〔34〕 采用耳目监听等秘密方式收集违法犯罪证据的特殊侦查活动，在我国的公安实务中被称为“刑事特情”工作。在1955年2月举行的全国第一次刑事侦察工作会议上，刑事特情工作首次被提至公安基础业务的高度。1963年公安部《刑事侦察工作细则草案（试行）》详细规定了刑事特情的分类管理与联络网点建设等问题。

〔35〕 2010年《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第35条第1款。

〔36〕 2012年刑事诉讼法第152条。

〔37〕 根据2012年刑事诉讼法第54条，非法言词证据属于绝对排除之列，而非法物证、书证属于相对排除之列。一般而言，监听侦查所得证据大多属于视听资料、电子数据等证据类别，故除了体现为物证、书证等证据种类的监听侦查所得证据外，其余监听侦查所得证据材料均被排除在非法证据排除的范围之外。

〔38〕 参见龙宗智：《强制侦查司法审查制度的完善》，《中国法学》2011年第6期，第48页。

〔39〕 参见陈瑞华：《法律程序构建的基本逻辑》，《中国法学》2012年第1期，第66页。

〔40〕 参见王东：《技术侦查的法律规制》，《中国法学》2014年第5期，第279页。

〔41〕 参见陈卫东、李奋飞：《论侦查权的司法控制》，《政法论坛》2000年第6期，第118页。

行使对监听侦查的审批权，公民个人宪法上隐私权的防御功能才具有实效性。因为无论授权检察机关还是公安机关行使对监听侦查的审批权，其实际都是法律执行机构内部的自我监督，也即一种行政监督模式，而行政性审批程序显然无助于控制监听侦查权的任意行使。有鉴于此，笔者认为，在构建监听侦查程序性正当程序的控权机制时，一方面应针对不同类型的监听侦查，构造不同层级的法院审查批准程序；另一方面应建立违反法院审查批准程序的程序性制裁机制——非法证据排除。

（一）构造法院审查批准程序

针对不同类型的监听侦查，法律设定不同层级的法院审查批准程序。因此，监听侦查类型的划分对法院审查批准程序的构建来说就十分重要。以通讯监视为例，根据监听侦查方式和对象的不同特征，大致可划分为以下四种类型：一是根据监视方式，区分为直接监视与间接监视。前者是指政府机构亲自对通讯实施监视，后者是指政府强制从事通讯业务的服务商从政府利益出发对通讯实施监视。二是根据信息使用方式，将通讯监视区分为邮件监视、电话监视、e-mail 监视、因特网信息包监视等。三是根据通讯的隐私程度（见表 1），区分为对信封信息的监视和对内容信息的监视。一般而言，法律对信封信息与内容信息有着不同的具体规定。四是根据通讯到达接收人的时间先后，区分为预期性监视与回顾性监视。前者是指对尚未通过通讯网络传送的信息进行监视；后者是指通过寻找存储记录与过去的通讯而对通讯网络中可能获得的信息进行监视。

根据美国相关法律对监听侦查审批程序的规定，无论政府采用何种通讯监视措施，其均需获得法院签发的许可令，否则通过监听侦查方式获得的证据会被视为非法证据，法院将依法排除之。根据正当程序对公民隐私权的保护强度从高到低的顺序，不同层级法院审查批准程序的构建主要如下：

表 1　通讯监视中的信封信息与内容信息〔42〕

监视类型	信封信息	内容信息
邮件	（1）发信人、收信人的邮件地址 （2）邮编、邮票 （3）颜色、尺寸、包裹的重量	信的内容
电话	（1）呼叫方、接收方的电话号码 （2）呼叫的时间 （3）电话通话持续的时间	电话谈话的内容
e-mail	（1）发出与接收双方的 e-mail 地址 （2）除主题之外的信头信息（e-mail 的长度、数字邮编）	包括主题在内的 e-mail 内容
因特网信息包	（1）发送与接收双方的 IP 地址 （2）保留在信息包的信头信息（邮包的长度、流量的类型）	邮包的有效载荷（计算机两端的任何通讯内容）

〔42〕 See Orin S. Kerr, *Internet Surveillance Law After the USA Patriot Act: the Big Brother That Isn't*, 97 Northwestern University Law Review 615 (2003).

1．附“相当理由”的法院许可令

附相当理由（probable cause）的法院许可令对公民个人隐私权的保护强度最大。[43] 根据美国法典第18章第2518条第3款a－d项，法院签发附相当理由的许可令的条件是：一是有相当理由相信一个人正在犯罪、已经犯罪或将要犯罪，其所犯的“罪”为该法典第2516条所列举的犯罪。二是正常的调查程序已经用尽且无效，或者采用正常的调查程序不可能成功或过于危险。三是有相当理由相信政府即将实施的通讯拦截与特定犯罪相关。无论是直接监视还是间接监视，只要是针对美国公民的通讯内容信息进行监听侦查，法律一般都设定了附相当理由的许可令程序。其主要有以下三种适用情形：

一是直接拦截美国公民的通讯内容信息。美国1968年《窃听法》对拦截有线通讯、无线通讯或电子通讯设定了严格的法律程序。根据该法规定，若未获得附相当理由的法院许可令，政府和私人均不得利用电子、机械或其他装置拦截通讯“内容”。[44] 该法还明确规定，除《窃听法》规定的几种例外情形，[45] 如果未获得法院签发的附相当理由的许可令，而在通话双方之间的专有线路上安装监视设施，拦截谈话内容的，构成犯罪。

二是针对公民通讯内容信息的间接搜查。根据美国1986年《电子通讯隐私法》的规定，在针对公民通讯内容信息的间接监视中，如果存储于数据库的信息自存储之日起尚不足180天，那么政府若要求服务商披露内容信息，则需要获得法院签发的附相当理由的搜查令。该法还规定，对存储期限超过180日的有线通讯、电子通讯的搜查，在没有事先告知服务商和用户的情形下，也必须获得法院签发的附相当理由的许可令。[46] 这意味着在犯罪案件中侦查机关必须提供特定犯罪正在发生、已经发生或将要发生的可靠事实，以及将要搜查的存在犯罪证据的具体地点。

三是直接针对外国势力或其代理人的电子监视。根据美国2010年《外国情报监视法》的规定，法院签发附相当理由的许可令的条件是：有相当理由相信电子监视的对象是外国势力或其代理人，并且将要监视的设施或地点正在被外国势力或其代理人使用，或将要被其使用。[47]

2．附“合理根据”的法院许可令

附合理根据（reasonable grounds）的法院许可令对公民隐私权的保护强度低于附相当理由的法院许可令。根据美国1986年《电子通讯隐私法》的相关规定，法院签发附合理根据的许可令的条件是：有合理的根据相信被搜查的有线通讯、记录或其他信息内容与正在进行的犯罪调查相关，并且对正在进行的犯罪调查有重大影响。[48] 实际上，所谓“合理根据”乃为合理怀疑的排除，其意指有足够且可靠的事实让人确信。其适用情形主要有：

---

〔43〕 我国的多数著述将“probable cause”翻译为“合理根据”。但根据《布莱克法律词典》的解释，美国宪法第四修正案所指的“probable cause”意为：只有在确信有罪，而非仅仅怀疑有罪的情形下，法院才可以签发搜查、扣押或逮捕令状。据此，我们将“probable cause”翻译为“相当理由”。如此翻译也可以将之与“reasonable grounds（合理根据）”加以区分。See Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, ST. PAUL., MINN.: West Publishing Co., 1999, p. 1219.

〔44〕 18 U.S.C. §2518. 通讯的“内容”是指涉及通讯的实质、目的或意义方面的信息。18 U.S.C. §2510 (8).

〔45〕 18 U.S.C. §2511 (2) (a) (i).

〔46〕 18 U.S.C. §2703 (a) (b) (1) (A).

〔47〕 50 U.S.C. §1805 (a) (2).

〔48〕 18 U.S.C. §2703 (d).

一是针对公民通讯内容信息的间接搜查。根据美国 1986 年《电子通讯隐私法》的相关规定，对于存储期限超过 180 日的有线通讯、电子通讯的搜查，政府在事先已告知客户或用户的情形下，要求服务商披露内容信息的，仅需法院签发附合理根据的许可令。〔49〕

二是直接针对外国公民或为防止国际恐怖主义、秘密情报活动而实施的搜查。根据美国 2010 年《外国情报监视法》第 5 章第 1 条第 1 款第 1 项、第 3 项的规定，前述所谓的搜查仅指对图书馆借阅记录、图书馆用户列表、图书销售记录、客户名单、武器销售记录、退税记录、教育记录或医疗记录等能识别个人身份的有形物体的复制。负责签发许可令的法院是外国情报监视法庭，其由美国联邦最高法院首席大法官从 7 个地方巡回法院各指派 1 名法官组成。许可令的申请由美国联邦调查局局长或其委派的副局长或者国家安全行政助理主任向法院提交。法院签发许可令的条件是：根据所提交的事实材料有合理根据相信，将要搜查的有形物体与正在进行的由检察总长批准的调查有关。〔50〕

3．附“关联证据”的法院许可令

所谓附关联证据的法院许可令是指，对于政府律师向法院提交的申请，法院认为其通过安装和使用电子记录器或监测跟踪装置所可能获得的信息与正在进行的犯罪调查相关而签发的许可令。〔51〕根据美国 1986 年《电子通讯隐私法》，法院许可令由政府律师、州法律执行或调查官员向法院提出，有管辖权的法院负责审查批准。2001《爱国者法》第 216 节则将附关联证据的法院许可令的适用范围扩大至因特网通讯领域。其适用主要包括：

一是针对信封信息的监视。电话号码、呼叫时长、通信地址、e-mail 地址、邮编等均为信封信息。1986 年《电子通讯隐私法》将因特网的信封信息分为两类：收件人地址信息与发件人地址信息。2001 年《爱国者法》则将信封信息界定为拨号、发送、姓名、地址或信号信息，而不包括任何通讯内容。〔52〕一般而言，信封信息常常不包含宪法第四修正案所要保护的利益。毕竟，信封信息只是提供给通讯服务商以帮助其分发内容的信息。在电话呼叫的情况下，呼叫人有必要将拨出的电话号码透露给电话公司以便完成呼叫，因而呼叫人对其拨出的电话号码不具有隐私期待的可能。〔53〕在史密斯诉马里兰州案中，美国联邦最高法院认为，人们对于其拨出的电话号码没有合理的隐私期待，因此，在电话公司的财产上安装电子记录器以捕获电话号码的行为，不构成宪法第四修正案意义上的搜查。〔54〕同样，在邮寄信件的情形中，法院已经确认邮寄信件的顾客对于信封和包裹外面的信息没有合理的隐私期待，因为，在邮寄的过程中信封信息必然会暴露给邮政机构的工作人员。〔55〕法院还将这一原则适用于因特网信息，认为因特网用户对其发送给因特网服务商的无内容信封信息不具有合理的隐私期待，因为用户已经将这些信息透露给了因特网服务商。〔56〕

〔49〕 18 U. S. C. § 2703 (b) (1) (B).
〔50〕 50 U. S. C. § 1861 (a) (b).
〔51〕 18 U. S. C. § 3123 (a) (1) (2).
〔52〕 18 U. S. C. § 3127 (3) (4).
〔53〕 Smith v. Maryland, 442 U. S 735, 743 – 44 (1979).
〔54〕 同上。
〔55〕 United States v. Huie, 593 F. 2d 14, 15 (5th Cir. 1979).
〔56〕 Guest v. Leis, 225 F. 3d 325, 335 – 36 (6th Cir. 2001).

二是预期性信封信息监视。根据1986年《电子通讯隐私法》，政府一旦获得法院签发的附关联证据的许可令，即可享有附60日期限的监视权。该法授权的监视为一种典型的预期性信封信息监视。2001年《爱国者法》将预期性信封信息监视的适用范围扩大至因特网通讯领域，这一适用范围的扩张可谓是一把双刃剑。一方面，如果没有这一规定，政府无需法院签发许可令就可以对因特网通讯实施监视，这极易导致政府过度行使监听侦查权；〔57〕但另一方面，这也同时否定了层级较高的法院许可令对政府滥用因特网信封信息监视权的限制。因为，将上述规定适用于因特网，在使政府获得强制因特网服务商提供预期信封信息的许可令变得相对容易的同时，也引起了人们对隐私权遭遇过度侵害的担忧。正如大法官道格拉斯在伯格诉纽约州案中指出的，“在最坏的情况下，预期的监视如同一张网，在其范围内可捕捉所有谈话内容”。〔58〕

三是回顾性信封信息监视。对电子网络的回顾性监视常常意味着对存储文件相关信息的收集。相较于预期性监视，回顾性监视有明确的监视范围，故其搜集的信息量要少得多。而预期性监视要么拦截因特网信息包，要么在信息被打包和通过因特网时，或者在其到达目的地和信息包被打开时，通过安装监视装置来收集信息，因此其搜集的信息量要多很多。显然，回顾性信封信息监视也较不容易侵害个人受保护的隐私利益。就此而论，针对预期性信封信息监视，应考虑设定层级更高的法院审查批准程序。

上述美国的法治经验对于我国构建相关制度当有重要的借鉴意义，据此，在我国法律上构建针对监听侦查的程序性正当程序控权机制时，需要考量以下三个方面：一是监听侦查类型的划分。为准确设定不同层级的法院审查批准程序，宜以个人信息的隐私程度为标准来划分监听侦查的类型。二是设立层级不同的法院审查批准程序。具体包括：附“相当理由”的法院许可令、附“合理根据”的法院许可令和附“关联证据”的法院许可令等程序。三是设立不同层级法院审查批准的申请程序。根据法院审查批准程序的不同层级，宜考虑设定侦查机关提出申请的不同层级。当然，申请内容的法定事项与相关证明的法律规定，宜与审查批准程序的层级相衔接。

（二）发展非法证据排除规则

非法证据排除规则是程序性正当程序有效运行的基础，也是宪法上隐私权防御功能顺利实现的关键。也就是说，当监听侦查违反正当程序时，必须创设一种制度来予以制裁。正是由于非法证据排除规则的存在，监听侦查权才不致恣意妄为，因为法院可采用这一规则排除侦查机关通过非法监听所获得的证明有罪的证据材料。非法证据排除规则发端于1886年鲍德诉美国案。〔59〕在该案中，美国联邦最高法院认为，海关总署证明被告有罪的证据应予排除：首先，未经法院许可，海关总署仅凭传票强制复印个人文件资料的行为，构成了宪法第四修正案意义上的不合理搜查；其次，将非法获得的文件作为证明被告有罪的证据，违反了宪法第五修正案所规定的反对自证其罪条款。随后，美国联邦最高法院在1914年威克斯诉美国案中认为，通过非法搜查和扣押获得的证据应予排除，而不能成为联邦法院判决被告

〔57〕 只要监听装置没有收集任何内容信息，就不违反《窃听法》的相关规定。18 U. S. C § 2150 (8).

〔58〕 Berger v. New York, 388 U. S. 41, 66 (1967) (Douglas, J. concurring).

〔59〕 该案中，美国最高法院依据宪法第四、第五修正案，排除了海关总署通过非法搜查与扣押方式所得证据的合法性。Boyd v. United States, 116 U. S. 616 (1886).

有罪的证据。〔60〕但是，非法证据排除规则确立之后，在相当一段时间内不能适用于各州法院。在 1949 年沃尔夫诉科罗拉多州案中，美国联邦最高法院就以 6∶3 的多数意见支持以下观点：对于宪法修正案在联邦刑事司法执行方面所课以的限制，宪法第十四修正案并不对州政府施与和联邦政府相同的限制。〔61〕质言之，州政府的搜查、扣押行为尽管违反了宪法第四修正案，但其获得的证据却可以不适用非法证据排除规则。这一对排除规则的限定被 1961 年的马普诉俄亥俄州案所废除。〔62〕此后，非法证据排除规则开始适用于各州法院。

非法证据排除规则在我国的发展可谓历经波折。1994 年《最高人民法院关于审理刑事案件程序的具体规定》第 45 条就规定了非法证据排除规则，肯定了它的实践合理性，为后续的修法提供了基础。〔63〕然而，1996 年刑事诉讼法第 43 条却没有继承前述司法解释的规定，而仅以禁止性规范的形式规定了所谓非法取证方法，从而实质上否定了非法证据排除规则的实践合理性。1998 年《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》和最高人民检察院《人民检察院诉讼规则》都重新规定了非法证据排除规则，明确了非法取证的后果和非法证据的排除范围，但因缺乏可操作性，其仍难以在司法实践中得到有效应用。〔64〕而 2010 年“两个证据规定”为非法证据排除规则构建了较为完善的程序规范和运行机制，从而提升了这一规则的实效性和可操作性。〔65〕2012 年刑事诉讼法则进一步以法律的形式确认了非法证据排除的实践合理性。但令人遗憾的是，2012 年刑事诉讼法并未明确将监听侦查所得证据纳入非法证据的排除范围。对此，笔者认为，监听侦查所得证据不得游离于法治之外，必须接受正当法律程序的检验。显然，一种不对违反正当程序的行为施加制裁的制度架构，将使宪法上隐私权的防御功能归于无效，因此，我国刑事诉讼法亟需将监听侦查所得证据明确纳入非法证据的排除范围。

三、建立实体性正当程序的审查标准

程序性正当程序对监听侦查权的控制，虽有防御政府任意侵犯个人隐私的功能，但为了应对种种的犯罪风险、恐怖主义风险乃至战争风险，监听侦查的实施又不可避免，由此对程序性正当程序会造成不同程度的减损。这种减损一般体现为法院许可令状的例外——无证监听侦查，以及非法证据排除规则的例外；也可体现为法院许可令层级的降低，例如，本应由法院签发附相当理由的许可令却降格为附合理根据的许可令。为保障公民个人宪法

〔60〕 该案中，警察在逮捕威克斯时并未取得法院签发的许可令状，而另一些警察则赶到威克斯家，经邻居告知钥匙的存放地后，开门进入其家中；他们搜查了威克斯的家，带走了大量文件和物品；为了获得更多的证据，同一天警察再次来到威克斯家进行搜查，带走了一些信件和信封；这两次搜查均未取得法院签发的许可令状。Weeks v. United States, 232 U. S. 383 (1914).

〔61〕 Wolf v. Colorado, 338 U. S. 25 (1949).

〔62〕 Mapp v. Ohio, 367 U. S. 643 (1961).

〔63〕 1994 年《最高人民法院关于审理刑事案件程序的具体规定》第 45 条规定：“严禁以非法的方法收集证据。凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述，不能作为证据使用”。

〔64〕 关于非法证据排除规则作为一种书面规则而非司法实践规则的论述，参见陈瑞华：《刑诉中非法证据排除问题研究》，《法学》2003 年第 6 期，第 42 页以下。

〔65〕 “两个证据规定”是指 2010 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合颁布的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》。

上的隐私权，在法治实践中往往通过建立实体性正当程序的审查标准，来防止监听侦查权任意减损程序性正当程序。具体到实体性正当程序的含义，则是指除非有正当理由，否则政府不得规制个人的基本权利而无视正当程序的保护。〔66〕而所谓“正当理由”主要有两个方面：一是指个人的隐私期待利益趋于弱化；二是指相较于个人隐私等基本权利，公共安全等利益更加重大而迫切。那么，监听侦查对程序性正当程序的减损，究竟在满足什么条件的情况下才具有实体正当性？对此问题的回答，无疑涉及法院对监听侦查进行实体性正当程序审查的标准问题。综观美国监听侦查法治实践的发展历程，监听侦查减损程序性正当程序的实体性正当程序审查标准，主要包括两个方面：一是隐私期待的适当性标准；二是“特别需要”原则。

（一）隐私期待的适当性标准

当个人的隐私期待利益趋于弱化，甚至限缩为零时，法律执行机关出于犯罪调查的一般需要而实施的无证监听侦查或者对程序性正当程序的减损，就是可以被允许的。此即实体性正当程序审查中隐私期待的适当性标准，也是判断隐私期待合理性的客观标准。虽然自 1967 年卡茨案以来，隐私期待合理性的主客观二元判断标准已成为裁判的基本原则，但由于被告无不确认其主观上的隐私期待，故合理性的判断逐渐转向客观的适当性一元标准。2001 年宾夕法尼亚州诉普瑞特案确认了电子通讯隐私期待合理性判断的客观适当性标准。〔67〕在该案中，法院认为，个人对于电子邮件的发件人地址、网名和网上私聊房间的谈话内容没有合理的隐私期待，因为处于一种开放区域的信息显然不受发件人的控制。〔68〕

隐私期待的适当性，是针对特殊背景下不同个体对不同特征或类型的信息所具有的隐私期待可能性而言的。在一个给定的背景下，不同的信息在可承认性、可期待性、可被要求公开性等方面，有着各自的特征。例如：在就医这一特定背景下，医生知悉病人身体状况方面的信息；向朋友和盘托出自己浪漫感情纠葛方面的信息；向银行或债权人透露自己财政方面的信息。再比如：“一个在旧金山自豪地谈论同性恋行为的人，在萨克拉门托却对他的家庭和同事守口如瓶；一个教授在同性恋酒吧乐意与其他同性恋者会面，但在大学里却在性方面非常谨慎。”〔69〕这些事例表明：在一种情形下可以公开分享的信息，在另一种场合却具有隐私期待利益。也就是说，隐私期待的适当性与特定的背景相关。总之，隐私期待的适当性是人们对特定情境中人类实践的普遍反映，因此，背离特定情境的适当性是对隐私期待的违反。

对处于公共领域或开放区域这一特定背景中的人们来说，根据隐私期待的适当性标准，个人的隐私期待利益趋于弱化，甚至限缩为零。于是，对置身于这一背景中的人们而言，无证监听侦查或监听侦查对程序性正当程序的减损即为正当。因为处于这一特定背景中的人已将自己暴露在众目睽睽之下，即便隐私泄露，也应自行承担。在美国诉诺茨案中，美

〔66〕 Rhonda Wasserman, *Procedural Due Process: A Reference Guide to the United States Constitution*, Westport: Praeger Publishers, 2004, p. 1.

〔67〕 See J. D. Mitchell Waldman, *Expectation of Privacy in Internet Communications*, 92 American Law Reports, 5th 15, § 1 (a) (2001).

〔68〕 Commonwealth v. Proetto, 771 A. 2d 823 (Pa. Super. 2001).

〔69〕 Ferdinand Schoeman, *Gossip and Privacy*, in Robert F. Goodman & Aaron Ben-Ze'ev(eds.): *Good Gossip*, Lawrence: University Press of Kansas, 1994, p. 72, 73.

国联邦最高法院认为，在氯仿容器中安装无线信号寻呼器进行跟踪，并没有侵犯被告任何合法的隐私期待，也不构成宪法第四修正案所指的搜查。因为装有无线信号寻呼器的氯仿容器一直装载在一辆汽车上，而这辆汽车一直行驶在街道与高速公路上。显然，对于一名搭乘行驶在公共大道上的汽车的乘客来说，其并不具有合理的隐私期待。〔70〕在道尔化学公司诉美国案中，美国联邦最高法院确认了飞越厂区开阔地进行监视侦查的合法性。在该案中，美国联邦最高法院认为，当事人对于公司商业部分的空中区域不具有合理的隐私期待，环保局对这一区域的空中监视和拍摄也不构成宪法第四修正案所禁止的搜查。因为一个工厂的公开领地类似于“敞开地”而非“住宅地”，所以它对于任何飞行器中任何人的视野与观察而言均是公开的。〔71〕同样，在佛罗里达州诉赖莉案中，美国联邦最高法院确认了警察通过飞越嫌疑人庭园来实施空中监视侦查的合法性。〔72〕

总的来看，隐私期待的适当性在价值层面暗含了这样一个前提，即一个领域内的社会利益不能占据另一领域或多个领域。正如沃尔泽所言，我们的社会把下列行为视为罪恶：富人为使陪审团作出对己有利的判决而进行收买；作为升职的条件，老板索取性贿赂；根据血亲关系提供政治职位；根据种族和性别来决定工资水平。而当一个领域的社会利益占据另一领域或多个领域时，其实就是一种暴政。〔73〕就此而言，如果以犯罪调查的一般需要为目的的无证监听侦查或监听侦查对程序性正当程序的减损，违反了个人隐私期待的适当性标准，而任意侵占了个人的隐私期待利益，那么，公民个人宪法上隐私权的防御功能就处于一种极度脆弱的状态。

（二）“特别需要”原则

当公共利益重大而迫切，从而具有压倒其他需要的至关重要性时，即使个人具有合理的隐私期待利益，政府也可以超越法律执行一般需要的特别需要为由而实施无证监听侦查或在实施监听侦查时在一定程度上减损程序性正当程序。此即实体性正当程序审查中以特别需要为前提的平衡检验法则，也即“特别需要”原则。这一原则的较早渊源是美国 1967 年的卡马拉案。〔74〕该案中，美国联邦最高法院首次采用平衡检验法则来确认政府无证搜查的合理性，即通过对政府的管理需要和个人的隐私保护进行利益权衡来检验无证搜查的实体正当性。在此案之前，法院一般采用紧急情形下的例外来确认无证搜查的合理性。但需要特别指出的是，虽然卡马拉案提出了“特别需要”原则的适用法则——平衡检验法则，却没有明确界定“特别需要”原则的适用前提。对此作出了清晰界定的是新泽西州诉迪·厄·欧案。该案中，大法官布莱克门在其发表的附同意见中，明确提出了适用“特别需要”原则的前提问题。〔75〕总的来看，“特别需要”原则的适用主要有以下三个方面的特征：

其一，“特别需要”原则的适用情形。“特别需要”原则的适用主要体现为政府对个人隐私权的普遍规制。“9·11 事件”尤其是 2005 年伦敦地铁爆炸案之后，政府对个人隐私的普遍规制日趋普遍。这一普遍规制的共同特征为：政府依据行政命令实施对个人隐私权的

〔70〕 United States v. Knotts, 460 U. S. 276, 281 (1983).

〔71〕 Dow Chemical Company V. United States, 476 U. S. 227 (1986).

〔72〕 Florida v. Riley, 488 U. S. 445 (1989).

〔73〕 See Michael Walzer: *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, New York: Basic Books, 1983, pp. 17 – 20.

〔74〕 Camara v. Municipal Court of City and County of San Francisco, 387 U. S. 523 (1967).

〔75〕 New Jersey v. T. L. O., 469 U. S. 325 (1985).

普遍规制，行政程序取代司法程序。例如，美国2006年的迈克韦德诉克里案，即体现了纽约市警察局依据州政府的行政命令对纽约市地铁站实施普遍的监视计划。〔76〕需要特别指出的是，除了普遍规制的情形外，“特别需要”原则也适用于特定的非规制场合，例如学校、〔77〕路边检查点、〔78〕边境检查以及政府对从事特定工作（如海关、铁路运输）的员工进行酒精或毒品测试等。〔79〕

其二，“特别需要”原则的适用前提。总体来说，“特别需要”原则的适用经历了由隐私期待利益趋于弱化向超越法律执行一般需要的特别需要的转变。在新泽西州诉迪·厄·欧案判决前，乃至在该案判决的多数意见中，法院一般都采用隐私期待利益趋于弱化的标准。比如，在该案中，大法官怀特在代表6∶3的多数意见发表法庭意见时，基于隐私期待利益趋于弱化的标准确认了警察乔波利克搜查被告人迪·厄·欧钱包的合法性。大法官布莱克门虽然赞同本案判决，却不赞同认定该无证搜查合法性的实体性正当理由。他认为，被告人对其钱包具有完全的隐私期待利益，乔波利克对钱包的搜查无疑构成了对其隐私的严重侵犯。因此，他另外提出超越法律执行一般需要的特别需要这一标准，来解释无证搜查的实体正当性。也就是说，当政府利益具有特别需要，且隐私侵入对隐私期待利益的侵害最小时，不构成宪法第四修正案意义上的搜查。该案判决后，美国的法治实践发展了独立于犯罪调查一般需要的“特别需要”原则。在印第安纳波利斯市诉埃德蒙德案中，美国联邦最高法院再一次确认了“特别需要”原则的审查标准。〔80〕迈克韦德诉克里案则进一步明确了“特别需要”原则的适用前提。

但是，想要在法律执行的一般需要和超越法律执行一般需要的特别需要之间，划出一条明确的界线也绝非易事。对此，有美国学者试图从“特别需要”的适用情形这一视角，提出两者间的界线，即“特别需要”主要有两种情形：一是处理急迫的健康和安全问题的特别需要，例如住宅检查、醉酒检查和对从事特定工作的员工的酒精或毒品测试等；二是政府管理的特别需要，例如学校搜查、边境搜查和对政府雇员的搜查等。〔81〕也就是说，上述两种情形下的无证搜查可采用“特别需要”原则来审查其实体正当性。但是，这一理论虽有一定的识别力，却也无法穷尽“特别需要”原则所有的适用情形。在监听侦查的法治实践中，美国法院一般采用特别需要涵盖一般需要的原则来审查无证监听侦查的实体正当性。也就是说，监听侦查即便以犯罪侦查的一般需要为目的，但只要具有侦查的特别需要，即可适用“特别需要”的例外情形。例如，美国的外国情报监视法庭认为，就针对外国势力的无证监听侦查而言，只要以防止恐怖主义袭击为基本目的，即便以收集犯罪证据的一般需要为目的，也符合宪法。〔82〕在迈克韦德诉克里案中，法官斯特劳布即采用上述观点来

〔76〕 2005年夏，为防止恐怖分子携带爆炸物袭击地铁系统，纽约市警察局实施了一项地铁监视计划。MacWade v. Kelly, 460 F. 3d 260 (2d Cir. 2006).

〔77〕 New Jersey v. T. L. O., 469 U. S. 325, 341 (1985).

〔78〕 Mich. Dep't of State Police v. Sitz, 496 U. S. 444, 447, 455 (1990).

〔79〕 United States v. Martinez-Fuerte, 428 U. S. 543, 560 – 62 (1976); National Treasury Employees Union v. Von Raab, 489 U. S. 656 (1989); Skinner V. Railway Labor Executives' Association, 489 U. S. 656, 665 (1989).

〔80〕 City of Indianapolis v. Edmond, 531 U. S. 32 (2000).

〔81〕 See Stephen J. Schulhofer, *On the Fourth Amendment Rights of the Law Abiding Public*, 87 SUP. CT. REV. 120, 112, 116 (1989).

〔82〕 In re Sealed Case, 310 F. 3d at 719 – 20, 735 – 36, 746.

审理案件：纽约市警察局的地铁监视计划不只是以犯罪调查的一般需要为目的，更重要的是以预防恐怖分子对地铁实施袭击为主要目的，故该计划并不违背宪法。〔83〕

其三，“特别需要”原则的平衡检验法则。一旦一个案件满足“特别需要”原则的适用前提，就可以采用平衡法则来检验无证监听侦查的实体正当性。在政府的监听侦查利益和个人的隐私利益之间，法院只有在权衡了两者的损益得失后，方能判断无证监听侦查是否具有实体正当性。就政府监听侦查利益的衡量而言，法院不仅要审查“特别需要”的重要性，而且要审查监听侦查满足特别需要的有效性。就个人隐私利益的衡量而言，法院不仅要考量监听侦查侵犯个人隐私的特征、强度和范围，还要考量监听侦查给个人心理带来的尴尬、不安和恐惧。除了上述因素，法院在平衡两者时还会考虑其他一些因素，例如情况紧急等。在迈克韦德诉克里案中，平衡检验法则的适用包括：首先，政府在防止恐怖分子袭击地铁上的利益是紧迫而至关重要的。相较于其他恐怖袭击，恐怖分子对地铁的爆炸袭击将带来更为严重的危害结果。其次，乘客对随身携带的行李包裹具有完全的隐私期待利益。再次，多数专家证实，监视计划对防止和侦查恐怖袭击是有效的。最后，地铁监视对乘客隐私期待利益的侵害最小，即监视的范围狭小、持续时间较短，且已事先告知乘客。

我国法律将“侦查犯罪的需要”设定为监听侦查的实体正当性审查标准。笔者认为，该标准难以承载实体性正当程序所应体现的宪法上隐私权的保障功能。具体理由如下：一是“侦查犯罪的需要”的设定未清楚界定法律执行的一般需要与超越法律执行一般需要的特别需要之间的应有边界，从而将不同层面的实体正当性审查标准相混同。二是“侦查犯罪的需要”的设定缺乏可供测量的实体正当性标准。质言之，在“侦查犯罪的需要”的强度与监听侦查对程序性正当程序的减损程度之间，我国并未建立可供具体度量的平衡检验法则。对于这一问题，我国学者试图从监听侦查措施启动程序的视角来设定实体正当性标准，主张构建比例原则或必要性原则。〔84〕但是，这一视角存在不足，即混同了监听侦查措施启动与其对程序性正当程序的减损这两者，在实体正当性标准上的不同要求。前者一般涵盖形式合法性要求，后者则融贯实体正当性要求。当然，在我国法治实践尚未确立法院审查批准程序之前，学者集中关注监听侦查启动程序的构建也在情理之中。但是，一旦在我国的法治实践中真正构建了监听侦查的司法控制程序机制，学者的视域就应转向监听侦查减损程序性正当程序的实体正当性研究。基于此，我国监听侦查法治实践中实体性正当程序审查标准的建立可从以下三个方面来考量：

一是构建法律执行的一般需要与超越法律执行一般需要的特别需要之间的明确界线。质言之，在我国的法治实践中应明确区分侦查犯罪的不同需要，并依据不同的需要建立不同的实体性正当程序审查标准。总的来看，2012 年刑事诉讼法第 148 条规定的“侦查犯罪的需要”应为法律执行的一般需要，即犯罪调查的一般需要。1993 年国家安全法第 10 条、第 33 条规定的“侦察危害国家安全行为的需要”、1995 年人民警察法第 16 条规定的“侦

〔83〕 460 F. 3d 260 (2d Cir. 2006).

〔84〕 张建伟认为，侦查需要的标准可以参照比例原则进行理解和判断（参见前引〔2〕，张建伟文，第 106 页）；熊秋红认为，采用通讯监听措施应当遵守必要性原则（参见前引〔1〕，熊秋红文，第 157 页）；王东将必要性视为技术侦查法律规制的审查标准（参见前引〔40〕，王东文，第 277 页）；唐磊、赵爱华则将比例原则或必要性原则视为秘密侦查措施立法的基本原则（参见唐磊、赵爱华：《论刑事司法中的秘密侦查措施》，《社会科学研究》2004 年第 1 期，第 72 页）。

查犯罪的需要”和2014年反间谍法第12条规定的“侦察间谍行为的需要”则均应为超越法律执行一般需要的特别需要，即防止公共利益免受恐怖主义、危害国家安全等犯罪活动侵害的重大而迫切的需要。基于此，我们建议，除刑事诉讼法的规定外，其余有关“侦查的需要”的规定都应修改为“侦查的特别需要”。

二是构建隐私期待适当性的客观审查标准。出于调查犯罪的一般需要，侦查机关依照刑事诉讼法有关规定实施的监听侦查，必须满足程序性正当程序要求。但当个人的隐私期待利益趋于弱化，甚至限缩为零时，侦查机关基于犯罪调查的一般需要而实施的监听侦查对程序性正当程序的减损，便具有实体正当性。当然，个人隐私期待利益适当性的判断是一种客观的而非主观的判断。

三是构建监听侦查减损程序性正当程序的“特别需要”审查标准。出于超越法律执行一般需要的特别需要，侦查机关依照国家安全法、人民警察法和反间谍法有关规定而实施的监听侦查，其对程序性正当程序的减损必须满足“特别需要”原则，才能具有实体正当性。质言之，政府在维护重大而迫切的公共利益时，其监听侦查措施对个人隐私期待利益的损害，在实体正当性上必须接受平衡法则的检验。

Abstract: In the 1950s, investigation organs in China began to make use of such methods of secret criminal investigation as eyes and ears to collect criminal evidences. From the 1990s to the early twenty-first Century, surveillance and wiretapping by national security organs, public security organs and procuratorial organs had received legislative authorization one after another. During this long process of legalization, the goal of putting surveillance and wiretapping under the rule of law in China has been realized mainly through the creation of “strict procedure of approval based on the need of criminal investigation” and the construction of substantive process that meets the need of criminal investigation. However, the citizen’s constitutional right of privacy had not been given due consideration in this process. In order to protect the citizen’s constitutional right of privacy against arbitrary infringement by the government power of surveillance and wiretapping, the practice of surveillance and wiretapping of China should be gradually put under the orbit of the rule of law through the creation of procedural due process and substantive due process. Firstly, the defensive function of constitutional right of privacy against power of surveillance and wiretapping should be developed; secondly, a mechanism of procedural due process for the control of power should be established through the construction of a system of court order at different levels; and thirdly, a standard for the review of substantive due process on the basis of appropriateness of private expectation and special needs should be established by making a distinction between general needs of criminal investigation and special needs beyond law enforcement.

Key Words: surveillance and wiretapping, right of privacy, procedural due process, substantive due process