

美、德监听令状外获得材料作为证据使用的考察^{*}

——兼议我国《刑事诉讼法》第152条与第150条第3款

郭 华

内容提要:美国与德国从宪法或者基本法保障人权的立场出发,不仅对监听实行司法令状,而且对监听令状外获得的材料作为证据使用在立法上也作了严格限制。尽管立法与司法实践对监听措施保持审慎的态度,其例外在美国法院判例上仅限于“一览无余”原则和德国法院仅存“关联性”衡量标准,但因涉及公民的宪法性权利在理论和立法上仍颇有争议,从中折射出公民隐私权保障与监听技术有效性在侦查上的紧张关系。我国修改后的《刑事诉讼法》将技术侦查作为侦查措施仅采用了行政性内部审批制度,这种内控模式还需要从美、德监听令状外获得材料作为证据使用的观点分歧与立法争议中获得启示,继而建立起相应的限制使用规则并对其规定作出合理解释,以免实施之时成为滥用之日。

关键词:监听 司法令状 关联性 限缩解释

郭华,中央财经大学法学院副教授。

一 引言

监听作为技术侦查措施在实践中使用极易影响公民的宪法性权利,各国在制度设计和程序安排上均保持高度的警惕和审慎的态度,对此不仅采取了司法令状予以程序控制,而且还对其获得的材料作为证据使用作出严格的实体性限定。然而,在实施监听的过程中常常会在监听令状记载的案件或者确定的监听对象之外“意外或偶然”发现或者获得其他犯罪材料。对于这些材料能否作为证据使用以及如何作为证据使用,各国在理论和实务上存在不同的观点与做法。美国法院通过判例产生了类似犯罪之例外、不可分部分之例外和默许授权之例外法则,而德国法院创设了关联性法则。美、德的这些法则尽管与其所追求的刑事诉讼价值以及本土的司法制度有关,但对其他国家的立法与实践曾产生了一定的影响,尤其

^{*} 本文为2010年教育部人文社会科学研究规划基金项目《技术侦查法治化:从制度化规制到诉讼化制约》(课题编号:10YJA820026)的阶段性成果。

是其观点争鸣与实践上的做法值得在理论上进行省察。

2012 年我国修改的《刑事诉讼法》在侦查一章增设了“技术侦查措施”一节。其审批制度沿用了《国家安全法》第 10 条和《人民警察法》第 16 条的规定,因其仅作了“经过严格的批准手续”的原则性规定,一度引发学术界的质疑。^[1] 2012 年的《公安机关办理刑事案件程序规定》第 256 条将其规定为“由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。”而 2012 年《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》仅解释为“根据其他规范性文件明确规定的规则和程序要求进行报批”。^[2] 从上述规定的情况来看,在审批制度方面,我国的技术侦查措施除保留“党管技侦”或者“政策技侦”的传统外,技术侦查措施法定化的“严格的批准手续”仍为一种行政性的内部控制模式,技术侦查措施的《决定书》所呈现的仅仅是一种颇具形式意义的合法性标签。我国《刑事诉讼法》在对审批程序作出严格限定外,还对技术侦查获得的材料如何作为证据使用作出了限制。该法第 150 条第 3 款、第 152 条规定:“采取技术侦查措施获取的材料,只能用于对犯罪的侦查、起诉和审判,不得用于其他用途”以及“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”。然而,我国《刑事诉讼法》对实施技术侦查措施中发现的《决定书》载明的事项以外的材料能否作为证据使用却未涉及,而 2012 年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》对此亦未作规定,对“依法采取技术侦查措施获取的材料”是否只要“依法采取”获得的材料就可作为证据使用仍存疑问,在实践层面如何把握这一问题亟待理论研究予以明确。基于此方面的理论研究尚未充分展开,特别是我国目前司法改革以美国为镜像的趋势,对其令状外获得材料如何作为证据使用问题进行考察,可以从中为我国《决定书》外获得犯罪证据材料如何处理获得灵感。而德国属于世界上较早且较细致地将技术侦查法治化的大陆法系国家,^[3] 对其在此方面的立法与实践进行分析,有利于弥补我国在改革过程中仅仅参考美国立法可能存在的不足,并从中获取一些有益的经验。基于此,本文从美国与德国有关方面的判例、立法以及观点争议等进行考察与分析,旨在为我国《刑事诉讼法》第 152 条和第 150 条第 3 款得以公正、理性地实施提供理解与把握的间接经验与理论支持。

二 美国令状外获得材料作为证据使用的判例与观点纷争

美国早期对监听或窃听获得的材料能否作为证据使用是倚赖对搜查和扣押的程序控制来体现的,并经历了判例分歧与立法变动的发展历程。美国对令状外获得材料从不受限制的作为证据使用发展到“一览无余原则”(plain view doctrine)的限制以及相关例外的限定,形成了令状外获得材料作为证据使用的“原则”限制与“例外”允许的模式。然而,学界与司法实践对此仍存观点上的分歧与做法上的争议。这些分歧与争议不仅为理论研究留下诸多思考,而且还遗留了一些经验上的启示,颇具学术研究价值。

(一) 美国令状外获得材料作为证据使用的判例演进与立法规定

美国早期判例对监听(窃听)合法与否是通过财产排他性侵入的限制性规定来判定

[1] 参见陈丽平:《全国人大常委会委员何晔晖提出技术侦查应进行严格审批》,《法制日报》2011 年 9 月 22 日第 3 版。

[2] 孙谦主编:《〈人民检察院刑事诉讼规则(试行)〉理解与适用》,中国检察出版社 2012 年版,第 205 页。

[3] 参见谢佑平、邓立军:《德国的秘密侦查制度》,《甘肃政法学院学报》2011 年第 6 期。

的。^[4] 只有对公民财产权利的侵犯、对场所的物理侵入等构成宪法上的搜查或者扣押时,才纳入司法令状规制的范围。1928年,奥姆斯特德诉合众国(Olmstead v. United States)案是这一方面的典型判例。在此案中,警察通过监听奥姆斯特德的电话获得了他非法制售烈性酒的证据。美国最高法院认为,政府对被告电话交谈的监听行为没有涉及“对被告人房屋或者办公室的进入”,未实施对物体的实际侵入,不构成不合理的搜索与扣押,不受宪法第四修正案司法令状和合理根据要求的约束。^[5] 也就是说,警察在犯罪嫌疑人住所外对其监听,因为不存在搜查,也未有任何“东西”被扣押,^[6] 其行为不受宪法第四修正案的限制,在此种情况下第四修正案不禁止这些事情。^[7] 由于该判例确认警察未经令状而采用监听不具有非法性,其获得的材料是可以作为证据使用的。在这一判例中,法院对监听的态度在一定程度上放任了警察对监听的使用,警察必然会因监听的便利和有效而大量使用,在另一层面纵容了监听在侦查中的滥用,致使宪法对公民基本权利的保护在侦查实践中不断弱化,以至于美国最高法院大法官布兰代斯指出:“与其放任政府扮演窃听电话侵害隐私的角色,不如放任罪犯脱逃,其危害反而更少。”

美国最高法院对监听的纵容不仅对公民宪法性权利构成威胁,而且这一判例也引起了公民对监听的恐慌,面对这种局势,最高法院在司法实践中不得不改变其判例的原有态度,同时激发了议会通过立法改变判例现象的发生。1934年,议会通过了《联邦通讯法》,并规定,“任何人未经信息发送者同意,不得监听通话,不得将所监听到的有关通话进行的地点、内容、主旨、意图、效果及含义泄露或公布他人”。由于联邦调查局与司法部对《联邦通讯法》仅仅理解为禁止泄露监听结果,除了那些谈话被窃听且第四修正案权利被侵犯的人之外,电话窃听获得的证据可用于控罪。^[8] 这种立法并未能有效遏制监听在实践中的滥用,实践上未发生根本改变的态势转而成为立法将监听纳入司法令状的控制动因,进而导致联邦最高法院在1961年的赛若曼诉合众国(Silverman v. United States)和1964年的克林顿诉维吉尼亚州(Clinton v. Virginia)案中认为,未经令状许可窃听建筑内谈话是违反宪法第四修正案的。以上判例的出现,削弱奥姆斯特德案判例在司法实践中的影响力。1967年,美国在卡兹诉合众国(Katz v. United States)案中将隐私权确立为宪法第四修正案所保护的基本权利,将政府未经谈话任何一方同意对私人谈话进行监听视为侵犯了公民的合理隐私期待,并认为构成宪法第四修正案上的“搜查”,致使警察的监听完全被纳入宪法第四修正案的规制范围。^[9] 最高法院斯卡利(Scalia)法官认为,“那种认为(美国宪法)第四修正案所保护的公民隐私程度完全不受技术进步影响的观点是愚蠢的。”^[10] 尽管“合理隐私期待”所涉权益大小不一,给予均等的法律保护从根本上有可能会背离形式理性规则,但是,美国最高法院在卡兹案中确定的“合理隐私期待”以及实践中形成的司法令状的“双叉判断标准”(two-

[4] 需要说明的是,本文对美德技术侦查措施的论述主要针对侵害公民权利最深刻的监听或者窃听进行探讨。因为它在技术侦查措施中最具有典型性,以监听作为研究技术侦查措施不失为代表意义。

[5] Id. at 466.

[6] Jerold H. Isreal, *Criminal Procedure*, West Publishing Co. 1980, p. 184.

[7] Olmstead v. United States, 277 U. S 438, 48 S. Ct 564, 72 L. Ed. 944 (1928).

[8] Goldstein v. United States, 316 U. S. 114 (1942).

[9] Edward Shils, *Privacy: Its Constitution and Vicissitudes*, 31 *Law & Contempt. Probs.* 281, 299-300 (1996).

[10] 参见高峰、卢钜波:《论技术侦查中的法律规制问题——美国联邦最高法院 *Kyllo v. U. S.* 案件引发的思考》;载徐静村主编:《刑事诉讼前沿研究》(第5卷),中国检察出版社2006年版,第180-190页。

pronged test)(当事人的主观期待和社会承认合理)无疑对规范和限制监听的使用起到了积极的作用。卡兹案改变了隐私权的概念及范围由财产决定的做法,确立了第四修正案“保护的是人,而非地点”的观念。在这一问题上,可以说卡兹案的意义重大,因为它使第四修正案的保护“可随身携带”,致使这种保护能够始终伴随人的左右。联邦调查局的工作人员如果没有获得法院对监听的授权或者令状,将会造成监听行动被认定为非法的不利后果,此时获得的材料适用非法证据排除规则^[11]而丧失可采性,其放射效力必然及于令状外获得的材料。

1974 年,在合众国诉卡恩(United States v. Kahn)案中对监听令状外获得材料作为证据使用的限制被特别强调。该案的调查人员在搭线窃听时听到卡恩从亚利桑那州给在芝加哥家中的妻子打电话,谈到了他赌博中的输赢情况,又听到他妻子给别的赌博人员打电话谈论赌博的内容。于是,产生了对监听到卡恩妻子以及其他赌博犯罪的材料能否作为证据使用的疑问。法院认为,监听的目的是要揭发卡恩同伙们的身份,他们的犯罪地点以及所涉及阴谋的性质,电话交谈中并不一定要求卡恩是谈话的一方,但上诉法院认为必须排除他妻子打的电话。因为卡恩不是通讯的一方。^[12] 上诉法院对监听到的与卡恩案无关的他案材料被限制使用的观点与做法,却成为后来监听令状外获得的其他犯罪材料能否作为证据使用的衡量尺度。

1968 年,美国国会通过的《综合犯罪控制与街道安全法》对运用电子、机械及其它手段窃听任何电子通讯或者口头通话的条件、程序、期限以及监听记录的使用等问题作出了规定。对于监听令状上没有记载的罪名的其他通话,除在事后申请得到法官认可且此项申请应尽快做成外,获得的材料不能作为证据使用。1971 年,美国最高法院在库利奇诉合众国(Coolidge v. United States)案中,^[13] 确立了警察在合法履行职务时对偶然或者不期然进入其视线且可以合法接近的物品有权在没有令状的情况下予以扣押。这种情形下的扣押虽然对美国宪法第四修正案的权利保护构成了轻微的威胁,却能够获得重大的执法效果,应当允许使用。1982 年,美国最高法院在布鲁恩诉德克萨斯州(Brown v. Texas)一案中对上述问题通过“一览无余原则”予以固定。^[14] 警察合法处于某地,只要其预先不知晓某物存在而在执法过程中目击到某物,则可以对该物品无证扣押。“美国许多法院及学者认为……警察在合法监听某涉嫌组织犯罪案件的过程中,听到甲与他人谈论贿赂的犯罪情节,亦得类推适用一目了然法理,合法扣押(录音)此谈话内容。”^[15] 美国的“一览无余原则”为令状外发现犯罪材料作为证据使用的合法性提供了理论支撑,但因在操作上仍具有较大的弹性和争议,致使多数法院对令状外发现材料的排除使用确立了三种例外,即类似犯罪的例外、不可分部分的例外以及默认许可的例外。尽管存在原则与例外的判例,但最高法院在具体对待此问题时仍保持审慎的态度,时常根据监听违反程序的严重程度以及司法利益予以裁量,^[16] 但在裁量上仍倾向于排除从严,即对那些违反《美国联邦监听法》规定的程序要件,且无法达成立

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

[12] 参见伟恩·R. 拉费弗等:《刑事诉讼法》(上册),卞建林等译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 307 页。

[13] Coolidge v. United States, 403 U. S. 443(1971).

[14] Brown v. Texas, 443 U. S. 47 (1979).

[15] 王兆鹏:《美国刑事诉讼法》,北京大学出版社 2005 年版,第 219 页。

[16] United States v. Giordano, 416 U. S. 505(1974).

法者限制“监听在真实需要情况下始得实施”目的时,其监听获得的证据始得加以排除。^[17]

美国上述立法以及判例对监听令状外获得的材料作为证据使用的规制,不是基于侦查机关办案需要或者保障公民基本权利单方诉求的价值选择,而是侦查犯罪需要与保障宪法权利不断博弈的结果,其中也反映出保障权利与规范权力之间确定合理界线的复杂与抉择的艰难。

(二)美国监听令状外获得材料能否作为证据使用的理论争论

在美国,除少数州的监听法对令状外获得的材料明文禁止作为证据使用外,多数州是允许其作为证据使用的,但各州对此的做法不一,其做法的不同受制于隐藏在背后的不同理论与观点。其主要观点为:

一是严格限制说。该观点认为,监听作为技术侦查措施在发现不特定犯罪方面具有极高的可能性,对个人隐私的侵害与传统的搜查相比,其危险性也更大。如果允许警察基于一般侦查的目的而被授权使用监听,犹如“法律允许在每个被认为发现犯罪证据的家庭或者办公室里站一个警察,那么,这个显而易见侵害隐私的法无疑要被推翻”。^[18] 美国康涅狄格州(Connecticut)的监听法接受这一观点,对监听令状外获得的材料规定为不得作为证据提交于法庭。因为这种令状外获得的证据不完全符合库利奇案件“非故意发现的要求”,也与《美国联邦宪法》第四修正案保障公民隐私权的基本精神不相符合,因此,监听令状外获得的材料不具有合法证据的可采性,不得作为证据向法庭提出。

二是相对限制说。该观点认为,在司法程序中,准许基于“一览无余原则”对监听令状外获得的材料作为证据使用,但仅限于法律准许监听的一些犯罪,即法律规定的监听犯罪目录中所列的犯罪案件。如佛罗里达州(Florida)监听法规定,监听令状外获得的材料作为证据只能适用于所列的可监听之犯罪类型,而弗吉尼亚州(Virginia)监听法明确限定为重罪,否则,监听令状外获得的材料不能作为证据使用。

三是有条件使用说。该观点认为,法院对监听令状外获得的材料予以排除的目的是预防警察在将来的行为中再次违宪以及保护人民免受不合理的搜查与扣押。只要警察取得的令状符合监听法的规定,在依法实施令状过程中获得的犯罪材料即使是令状外的犯罪案件也可作为证据使用。因为令状外获得的材料也是警察根据合法的监听令状获得的,警察的行为没有违反宪法第四修正案的规定和要求。如果排除在此种情形下监听到的其他案件的证据,不能产生预防警察在将来的行为中违宪行为的发生,因此,只要监听令状合法,在其之外获得的材料应当作为证据使用。

从美国判例以及立法对监听令状外获得材料作为证据使用的发展与变化尤其是理论界在此方面的争论与分歧来看,其判断标准与解释的法律依据均源于美国宪法第四修正案的规定,仅是认识的不同与理解上的差异。而该条的适用范围由原来的物理扣押、搜查逐渐发展到精神上的“搜寻”(如监听、邮件拦截等),最终成为“对美国宪法规定的个人自由最强有力的保障”。基于以上分析,美国对监听令状外获得的材料能否作为证据使用可从以下两个层面理解:(1)如果监听行为不符合宪法第四修正案要求的,其获得材料“不能在审理、听

[17] 江舜明:《监听在刑事程序方法上之理论与实务》,《法学丛刊》1998年第5期。

[18] [美]阿丽塔·L.艾伦、理查德·C.托克音顿:《美国隐私法学说——判例与立法》,冯建妹等译,中国民主法制出版社2004年版,第135页。

审或者其他程序中被作为证据使用……”^[19] 这似乎具有绝对性。(2) 如果监听行为符合美国宪法第四修正案的规定,令状外获得的材料基于“一览无余原则”类推适用,对其一目了然获得令状外的材料可以作为证据使用,但对此仍具有选择性。其理由是,警察有权对一览无余范围内的物品予以扣押,这种扣押具有正当的理由。令状外获得的材料是基于一览无余而意外获得的,因令状的合法性,其获得的材料可以作为证据使用,但在裁量上需考虑申请令状的目的性以及令状的合理期待,在程序上需要补办相关令状,以维护获得材料作为证据的合法性。“有侦查权或执法权之公务员,依照授权方式监听有线通讯、口头通讯、电子通讯时因而获得监听令状上未记载罪名的其他信息时,除非监听结束后应尽快向法院提出书面申请,并且该申请获得法官的认可以外,否则该信息不容许作为证据”。^[20] 即,对于监听令状外获得其他案件的犯罪材料可比照“紧急情况”作出处理,通过事后补办手续并获得相应令状,才能作为证据使用,而非简单地理解为按照“一览无余原则”直接作为证据使用。透过补办令状的外在合法性要求,其背后的法理仍是只有合法的令状,其获得的材料才具有证据的可采性,强调获得证据的程序合法性。

三 德国令状外获得材料能否作为证据使用的 理论争议与实务做法

德国《基本法》在早期对监听以及监视电信通讯等涉及公民宪法性权利的行为是严格禁止的。国家机关工作人员不得试图获得此类信息,国家进行刑事侦查同样适用这一禁止性规定。^[21] 后来,因恐怖主义活动猖獗以及维护国家安全的需要,德国联邦议会于 1968 年对《基本法》进行修正,对“通信和电讯秘密不可侵犯”的宪法性规定增设了两种例外。一是授权间谍情报机构监听和监视的权力;二是对刑事侦查中的监听进行了规制。1975 年修改的《德国刑事诉讼法典》将“监视电信通信、使用技术手段”与“扣押”、“搜查”在同一章节中并列规定,^[22] 并将其与“扣押”、“搜查”作为同等性质的不同侦查措施进行规定,但对住宅的监听仍采取否定的态度。直到 1998 年 1 月 16 日,德国联邦议会才通过了专门针对住宅监听的修正案。德国在监听问题上,不仅实行法官令状主义,还限定诸如政治上或军事上的犯罪、最重大犯罪、烟毒麻醉品犯罪、组织性犯罪或特定的一些外国人及难民犯罪等犯罪案件,对令状外获得材料能否作为证据使用在法典中作出了列举性规定。《德国刑事诉讼法典》第 100 条 b 第 5 项规定:“以措施获得的个人情况信息,只能在处理分析时发现了为查明第 100 条 a 所述之一犯罪行为所需要的材料时,才允许用在其他刑事诉讼程序中作为证据。”^[23] 从立法的规定来看,德国对令状外获得的材料只有符合法定特定条件时,才允许在其他刑事诉讼程序中作为证据使用,而获得的案外人的犯罪材料不得作为证据使用。然而,德国的这一限制性规定并未获得判例与理论的完全认同,在实践与学界仍存在较大的分歧

[19] 18 U. S. C. A., § 2515.

[20] 转引自邓立军:《非法监听所获材料之证据能力的比较考察》,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2008 年第 4 期。

[21] 参见[德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 119 页。

[22] 《德国刑事诉讼法典》第八章对技术侦查措施种类规定为“扣押、监视电信通讯、扫描侦查、使用技术手段、派遣秘密侦查员、搜查”。参见《德国刑事诉讼法典》,李昌珂译,中国政法大学出版社 1998 年版,第 27 页。

[23] 参见《德国刑事诉讼法典》,李昌珂译,第 34 页。

与争议。

(一) 德国令状外获得材料能否作为证据使用的观点争锋

1972年,德国汉堡高等法院对有关令状外获得证据问题的判决(OLG Hamburg)曾一度引起理论界的争鸣。在该案中,警察机关以涉嫌伪造国家货币罪对被告人实施监听,但监听结果并未发现其伪造国家货币罪的证据,却意外发现了被告人有伪造文书罪的证据,鉴于被告人是在缓刑期间的再次犯罪,法院便依此证据作为定案依据,撤销了被告人的缓刑宣告。该案判处后,立刻引起学界的争鸣,并形成以下具有代表性的三种观点:

第一种观点认为,对于令状外获得的材料应按照《德国刑事诉讼法典》第108条第1款的规定处理,即“搜查时发现虽与本案侦查无关,但却表明发生了其他犯罪行为的物品的,要将物品临时扣押。扣押后应当通知检察院。”其理由为:监听令状外获得材料能否作为证据使用在监视电信通讯中未作相应规定,由于法律将监视电信通讯与搜查并列规定,且监听与搜查具有相同的法律构造,都是对被监听人或被搜查人隐私权予以干预或侵害的侦查措施,基于相同的法律情况应当作相同的解释,对于监视电信通讯中发现的其他犯罪的证据材料可类推适用搜查的规定,在诉讼中可以作为证据使用。但涉及第三人时,原则上因第三人不是监视电信通讯命令上直接确定的指控人或针对基于一定事实可以推断他们在为指控人代收或者转送他所发出信息的人员,或者针对指控人在使用他们的电话线的人员,^[24]在此种情形下获得的材料不应作为证据使用。

然而,以韦尔普(Welp)为代表的批评者认为,^[25]该法第108条是基于假设可重复侵犯的允许性而制定的。因搜查具有再申请新的有具体内容的搜查证的可能性,可以通过补办搜查手续而重新对令状外发现的材料再次进行搜查,以使搜查具有合法性。而第100条a规定的监视电讯往来条件是,“一定的事实使得有理由怀疑某人作为主犯、共犯并犯有下述之一罪行,或者在未遂也可罚的情况中实施未遂,或者以犯罪行为预备实施这些罪行时,在以其他方式不能或者难以查明案情、侦查被指控人居所的条件下,允许命令监视、录制电讯往来……”该条不仅限定了具体可以实施监听的犯罪种类,而且还规定了严格限制监听罪名的要件,对于不在监听目录上的犯罪实施监听,获得的犯罪材料不能因监听合法就必然具有证据能力,应按照证据禁止的规定予以衡量并作出处理。

第二种观点认为,合法监听令状外偶然发现的犯罪材料,如属于《德国刑事诉讼法典》第100条a所列监听犯罪目录的犯罪,如反和平罪、叛逆罪、危害外部安全罪、危害国防罪、危害公共秩序罪、谋杀罪、非预谋罪、侵犯他人人身自由罪、敲诈勒索罪等,可在犯罪嫌疑人、被告人的案件中作为证据使用。如克劳思·罗科信(Roxin)认为,对此问题应从被侵犯未犯罪的第三人基本权保护的视角予以考虑,并对《德国刑事诉讼法典》第100条a作限制性的解释。“如果在合法的监听措施中,发现有违法之行为时,而这种违法行为并非为刑法第100条a,第100条b所规定者,也因此这种处分措施原本不得施行时(例如伪造文书),则此时所获得之证据不得在刑事诉讼中作为证据之用。”^[26]

令状外获得的犯罪嫌疑人、被告人以外第三人的犯罪材料,即使属于可监听的罪名,能

[24] 参见《德国刑事诉讼法典》,李昌珂译,第33页。

[25] Welp, JZ 73, 288.

[26] [德]克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第336页。

否作为证据使用仍存在不同的认识。学者凯若(Kaiser)认为,不是所有的私生活都受《德国基本法》第 1 条和第 2 条人性尊严和人格自由发展权的绝对保护,如涉及可监听的罪名,对第三人仍然可以监听。而沃尔特(Wolter)则认为,应区分第三人是否为传递人、提供人或完全无关第三人,如果完全是对监听案件无关的第三人获得的犯罪材料则不得对第三人的案件作为证据使用。这种观点在德国学界属于通说。

第三种观点认为,《德国刑事诉讼法典》第 100 条 a 不仅限定为可监听的罪名,而且也限制基于监听所获得材料作为证据使用的范围。对那些被允许侵犯基本权经由监听所获得的证据仅适用于所欲查明的犯罪,不得扩大到其他犯罪案件,尤其对第三人基本权的限制,应为《德国基本法》所禁止,不得基于刑事政策进行裁量。基于监听的隐秘性,其滥用的危险性比搜查更严重,考虑到立法严格限制监听要件的现实,令状外获得的其他犯罪材料,不论获得的证据材料是否为可监听的罪名,均不得对第三人的犯罪案件作为证据使用。该说为学者普瑞维茨(Prittitz)所提倡,在学界属于少数意见。

(二)德国实践对令状外获得材料能否作为证据使用的态度

德国早期对令状外获得的材料作为证据使用是从平衡个人利益和社会整体利益的需要来考量的,其考量的结果多偏向于人权的保障,以至于多数学者持相对禁止的观点。司法实践也是如此。1976 年 3 月 15 日,德国联邦最高法院所作的判决则是例证。^[27] 该案甲、乙、丙三人作为团伙参与盗车。因该案涉嫌组织犯罪,警察机关申请对其实施监听的令状,并以监听获得的证据作为起诉三人犯“盗窃罪”与“作为组织犯罪成员罪”的依据。法院在审理过程中发现,依据监听获得的证据在指控“作为组织犯罪成员罪”中因缺乏足够的证据而被否定,而依据监听获得的证据指控的盗窃罪却是成立的,尽管盗窃罪不是可以监听的罪名,仍被基于涉嫌组织犯罪令状以外获得的材料被作为证据使用而定罪判刑。最高法院认为,盗窃罪与所监听的犯罪嫌疑有狭窄的关联性,故肯定该判决。德国最高法院在 1983 年 6 月 16 日判决的案件中亦持这一观点。该案警察以甲涉嫌贩卖毒品罪为由,对其实施电话监听,在监听中却意外发现了甲、乙有杀人罪或谋杀罪的证据。法院根据监听令状外获得的证据,以约定谋杀罪对被告人甲和共同正犯乙判刑。乙认为,警察机关未对其申请监听令状进行合法监听,对他人的监听结果作为对其定罪的证据实属不当,而且预约谋杀罪不属于第 100 条 a 所列的可以监听的罪名,不得将监听获得的材料作为证据使用,并以此为由提起上诉。最高法院认为,该监听获得的其他案件的犯罪证据,与所监听的罪名有关联性,允许对第三人使用,且预约谋杀依第 100 条 a 的文义准许适用,故驳回乙的上诉请求。^[28]

最高法院以监听令状外获得的材料,是否与监听对象及所涉罪名具有关联性,作为证据使用的判断标准,但在涉及《基本法》第 13 条规定的住宅等核心隐私区域却又作了例外规定。如德国最高法院在 1983 年 3 月 16 日作出判决中认定,必须排除合法窃听令状外获得的材料作为证据使用。因为夫妇两人“在房间内谈话”属于神圣不可侵犯的核心隐私,即使为查明严重的犯罪,也不允许政府在此领域采用监听措施予以干预。也就是说,即使有些犯罪与刑事诉讼法“条文所规定的犯罪种类……有关联时,”也不能直接作为证据使用,仍需进行利益衡量,关联性不是监听令状外获得的材料作为证据使用的绝对标准。因为德国最

[27] BGHSt 28, 125ff.

[28] BGHSt 26, 302ff.

高法院对令状外获得的材料作为证据使用仅仅以关联性作为判断标准,在一定程度上扩大了第 100 条 a 规定的适用范围,根据《德国基本法》第 10 条的要求,对此适用证据禁止使用的规定来衡量是较为适宜的。

《德国刑事诉讼法典》第 100 条 a、b 对合法监听令状外获得的材料未明确列入证据禁止的范围,尽管“还没有任何经验性的证据证明该规则对于执法官员的违法行为实际起到了抑制作用。”^[29]然而学界与实践均以《德国基本法》第 10 条规定的邮政和电信秘密直接得出证据禁止的结论,在处理此问题的分析理路上却与美国惊人的相似,值得省思与探讨。

四 令状外获得材料作为证据使用的比较分析

美、德在监听令状外获得的材料作为证据使用问题上,无论是理论研究还是实务的做法,均存在不同,但从美国最高法院创制出来的类似犯罪、不可分部分以及默许的例外等衡量标准以及“一览无余原则”的规制方法和德国最高法院的“关联性”判断依据来看,其解释该问题的理据均为宪法或者基本法的相关规定,都是从保障公民基本权利的视角来规制监听行为的。当令状外获得的材料与令状所涉及的案件和犯罪嫌疑人具有必然的关系时,可以作为证据使用,美、德在这一点上具有相通性。如若仅与犯罪嫌疑人有关联,其案件属于可监听案件范围的,一般也可以作为证据使用,但需要事后及时补办相关的监听令状。如《美国法典》第 2511 条第 5 款规定,在合法监听中,如果附带监听到犯罪嫌疑人或第三人涉嫌可以监听的其他罪的内容,只有法官根据紧随其后的申请,发现监听的内容原本亦应依监听法之规定予以截取者,这些涉及其他犯罪的通讯内容才能在联邦或州的刑事诉讼程序中被作为证据使用。如若仅涉及与案件关联的其他人,对令状外获得的第三人材料作为证据使用尽管德国与美国具有相似性,但从限制的程度来看,德国比美国严格。即便如此,在德国仍遭到一些学者的反对。2004 年,德国联邦宪法法院宣布刑事诉讼法关于住宅监听的部分规定违宪,并要求议会修改其刑事诉讼法的相关规定,致使议会在考虑对监听的使用需要确立更严格的限制程序。^[30]基于美、德在监听令状外获得的材料能否作为证据使用的做法差异与观点争鸣,如何解读我国 2012 年修改的《刑事诉讼法》第 152 条和第 150 条第 3 款的规定以及如何合理地处理我国技术侦查措施《决定书》外获取的材料作为证据使用,也就成为我国《刑事诉讼法》实施需要讨论且必须面对的问题。解决这一问题可以从美、德的上述考察中获得启示。

(一) 美、德监听令状外获得材料作为证据使用之比较分析

探讨美、德监听令状外获得材料如何作为证据使用问题是以其司法令状的存在为前提的,而这些材料是在合法令状实施中偶然或者意外获得的,其获得材料的前置基础是合法的。由于美、德要求司法令状载明的内容不同,致使其获得的材料能否作为证据以及如何作为证据使用存在一定的差异性。美国的监听令状要求明确记载“对要监听的谈话的类型的描述以及谈话与犯罪相关联的申明”,而德国的监听令状仅记载被监听人的姓名、住址、处

[29] Wayne R. LaFare and Jerold H. Israel, *Criminal Procedure*, 2nd ed., West Pub. Co., 2009, p. 108.

[30] 参见[德]托马斯·魏根特:《德国现代侦查程序与人权保障》,刘莹译,载孙长永主编:《现代侦查取证程序》,中国检察出版社 2005 年版,第 342 页。

分措施的种类、范围及期间。美国判例对于令状外获得材料采用了“一览无余”的原则,而在立法中不仅强调令状外获得材料适用的案件性质,更强调事后是否申请令状并获得许可,着重于获得材料的外在形式的合法性,否则,适用非法证据排除规则。这与美国强调正当法律程序的理念与传统有关。而德国早期对令状外获得的材料是禁止作为证据使用的,实践对此多有期待。德国学者认为,对于令状外“偶然发现的材料”在多大程度上具有证据能力,法院一直在努力解决这个问题。^[31] 1992 年的《德国刑事诉讼法典》修正案(100 条 d 第 5 款)明确规定了可以将“偶然发现的材料”作为证据使用,但仅限于《德国刑事诉讼法典》所列举的电信监控或者监听适用的重罪案件。对于超出适用的重罪案件范围的材料,不能作为证据使用,同时也不得使用这些材料作为非难被监听人的依据。而在实践中德国在此问题上的立法限制,并未能完全阻挡判例采用“关联性”判断作为例外的实施。这一现实的做法折射出德国重视实体的法制传统以及对纳粹政权时期无视人权、践踏人权的警惕。

美、德在确认令状外获得的材料能否作为证据使用问题上均呈现出从严格到宽松的变化历程,并表现出立法的严格限制与判例的例外允许之间的紧张关系。这种紧张关系在利益与价值衡量上,美国着重追求程序的正当性,而德国却体现出“重实体”的倾向。从上述变化可以发现,令状外获得的材料能否作为证据使用以及在何种程度上作为证据使用不仅与本国的司法制度、法制传统和司法理念有关,还体现出侦查犯罪需要与保障人权的动态平衡,并在增强侦查犯罪能力的“制度设计上通过持续地实现规制目标来不断地增加自身的合法性,”^[32] 以满足技术侦查措施法治化发展的内在要求。

2012 年我国修改的《刑事诉讼法》第 152 条规定:“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。”这种规定尽管可与《刑事诉讼法》第 150 条第 3 款规定的“采取技术侦查措施获取的材料,只能用于对犯罪的侦查、起诉和审判,不得用于其他用途”结合起来理解,却从中可以发现,我国的规定与《德国刑事诉讼法典》第 100 条 b 的规定相比仍显宽泛。如果将其再与 2012 年 12 月 26 日最高人民法院、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》第 20 条规定的“采取技术侦查措施收集的材料作为证据使用的,批准采取技术侦查措施的法律文书应当附卷,辩护律师可以依法查阅、摘抄、复制,在审判过程中可以向法庭出示”联系起来分析,与美国监听令状外获得材料作为证据使用相比,用于“侦查”的令状外获得材料不仅没有公开化,不需要告知当事人,而且还可能会出现以技术侦查案件之名而实为实施“另案侦查”等规避法律的行为,致使“严格审批手续”的程序控制被架空,而《决定书》外获得的材料作为证据使用无法得到排除。这些问题更因其被附入“侦查卷”而辩护律师无法“查阅、摘抄、复制”得不到任何制约,引发一系列制度执行不到位的连锁反应问题。基于以上考虑,如何从规范意义上对技术侦查《决定书》外获得材料进行限制需要理论与实践进行探索。因为“法律必须清楚地向市民指出公共机构要在什么情况之下遵守什么条件可能获得授权,对他们的私人生活和通讯受尊重的权利进行秘密而危险性极高的干预……因为无论受影响的个人抑或一般公众人士,都不可能仔细观察秘密监视市民通讯的操作,所以在法律上把漫无限制的权力给予行政机构,任由他们为所欲为,是违反法治的。因此,法律

[31] [德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,第 126 页。

[32] Stephen Breyer, *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation*, Harvard Press, 1993, p. 19.

必须清楚地规定执掌权宜权力当局的权力范围和使用这权力的方式,随时顾及有关行动的正当目的,使个人免遭专横无理的干预。”^[33]为了避免出现“以打击有组织犯罪为名,抛开保障人权和自愿的根本原则而建立一种由行政当局控制的安全局面”,^[34]需要对《决定书》外获得的材料作为证据使用予以规范。

(二)我国技术侦查《决定书》外获得材料作为证据使用之反思

我国技术侦查获得的材料曾长期不能作为证据在诉讼中使用,即使证实犯罪所必须的,也要经过转化其他证据形式来实现。2000年《公安部关于技术侦察工作的规定》对技术侦查获得材料如何作为证据作了规定。该规定明确了技术侦查所获取的材料不能直接作为证据使用,也不能在法庭上出示,只能作为侦查取证的线索,通过适用刑事诉讼法规定的侦查措施将其转化为法定的证据形式,才能作为证据使用。^[35]这种将技术侦查获得材料转化为法定证据形式的规定不仅能够遮蔽超越《决定书》的情形或者超越审批范围实施技术侦查的现象,而且也为《决定书》外非法获得材料通过转化形式漂白证据提供便利,究其实质而言,也为程序对技术侦查的制约与监督设置了制度上的障碍。2012年修改的《刑事诉讼法》第152条规定:“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。”按照这一规定进行逻辑分析,只要技术侦查依法获得审批手续或者《决定书》,即“技术侦查措施”“严格按照批准的措施种类、适用对象和期限执行”,^[36]其获得的材料均可在侦查、起诉、审判中作为证据使用。也就是说,只要《决定书》是合法,不管是《决定书》内抑或《决定书》外获得的材料均可作为证据使用。然而,“采取技术侦查措施收集的证据材料,经当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实”,^[37]其查证属实的过程必然涉及到证据的来源,倘若存在对于《决定书》外获得的材料作为证据使用的,如何处理其来源合法性的质疑应当是理论与实践需要关注的问题。

我国学者针对技术侦查《决定书》外获得材料能否作为证据以及如何作为证据使用问题进行了理论上的探讨。从现有的资料来看,在此方面的研究成果多与台湾地区学者提出的“他(另)案监听”与“附带监听”获得材料如何作为证据使用的观点相似。而台湾地区在此方面研究的学者多存在美、德留学背景,这恰恰为本文借鉴美、德在此方面做法提供了制度上以及思维与逻辑上的一致性。一般来说,对于“他案监听”,由于侦查人员是以技术侦查案件种类之名获得审批而目的是针对不可技术侦查案件种类实施的,对此种规避技术侦查案件种类获得的材料,即使是可技术侦查案件的犯罪证据,也不得作为证据使用。^[38]这一理论无疑为我国《决定书》外获得材料能否作为证据使用提供了参考,然因我国在立法上还存在不受案件种类或者范围限制仅用于“追捕被通缉或者批准、决定逮捕的在逃的犯罪嫌疑人、被告人”的技术侦查,对其获得的材料能否作为证据使用仍是需要研究的新问题。

[33] 参见黄金鸿:《英国人权60案》,中国政法大学出版社2011年版,第106页。

[34] [美]克利斯托费·桑德斯:《面对有组织犯罪挑战的刑事司法制度》,《中国刑事法杂志》1998年第4期。

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

[36] 参见2102年公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》第258条的规定。

[37] 参见2012年《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107条第1款的规定。

[38] 参见台湾地区学者黄慧婷:《另案监听》,《月旦法学教室》2005年第1期;吴巡龙:《监听偶然获得另案证据之证据能力》,《月旦法学教室》2006年第9期。大陆学者陈学权:《侦查机关通过监听所获材料之证据能力研究》,《浙江社会科学》2010年第12期;龙宗智、夏黎阳主编:《中国刑事证据规则研究——以刑事证据的“两个规定”为中心》,中国检察出版社2011年版,第215页,等等。

对于“附带监听”而言,可根据“同一对象的可监听罪名的附带监听”、“同一对象的不可监听罪名的附带监听”和“不同对象的可监听罪名的附带监听”区别对待。^[39] 我们认为,对“同一犯罪嫌疑人可技术侦查罪名外”获得的其他犯罪活动证据,在证明同一犯罪嫌疑人的犯罪问题上是可以作为证据使用的。也就是说,只要技术侦查《决定书》载明的是同一犯罪嫌疑人,无论获得材料是可技术侦查的罪名还是技术侦查以外的罪名,均可作为证据使用。对侦查机关获得《决定书》后,在实施技术侦查措施的过程中获得了作为技术侦查对象的犯罪嫌疑人存在的其他不属于技术侦查适用案件种类的材料,可借鉴德国的关联性法则,在侦查、起诉、审判中作为证据使用。侦查机关获得技术侦查措施《决定书》后在实施技术侦查中,发现适用技术侦查犯罪嫌疑人以外的第三人与所侦查案件无关的犯罪材料,如果其犯罪案件的范围与种类属于我国《刑事诉讼法》可技术侦查的案件范围,其获得的材料可以作为证据使用,但事后应及时补办技术侦查相关审批手续,取得技术侦查《决定书》,以保证收集证据程序的合法性。如果获得材料不属于可技术侦查的案件范围,则不能作为证据使用。对于前者而言,尽管获取的材料超出了实施技术侦查《决定书》的范围,但可通过补办其审批手续获得《决定书》来满足法律程序的要求,作为证据使用尽管存在时间上的差异,但因事后的补正而不会出现证据合法性的较大争议。相对于后者,其获得的材料超越了技术侦查措施的案件适用范围,如果作为证据使用,则与《刑事诉讼法》限定技术侦查案件范围的目的相冲突,在实践中也无法通过补正的方式获得其合法身份,不能作为证据使用更符合程序的要求,但不排除其可以作为侦查线索。简言之,对技术侦查《决定书》载明的犯罪嫌疑人以外的第三人获得的犯罪材料,只有其罪名属于可技术侦查的案件范围,且补办了审批手续后,才能作为证据使用。然而,其研究仅限于此,仍不能解决技术侦查措施衍生的材料能否作为证据使用问题,即以技术侦查作为获得证据线索的手段,借助于此线索来获得其所需要的其他案件证据或者通过转化的方式来达到目的。同时,对于如何应对辩护律师根据“依法查阅、摘抄、复制”“批准采取技术侦查措施法律文书”与作为证据使用材料来源正当性的质疑等问题仍需进一步思考。基于以上考虑,《刑事诉讼法》第 152 条与第 150 条第 3 款的规定除应作上述理解外,仍需在以下几个方面作出解释:

一是在依法执行“追捕被通缉或者批准、决定逮捕的在逃的犯罪嫌疑人、被告人”的技术侦查措施过程中发现其他属于技术侦查案件范围的材料,可以在侦查、起诉、审判中作为证据使用。因为用于追捕的技术侦查不受案件范围的限制,在其合法使用过程中发现的其他案件的材料可以类推适用美国的“一览无余原则”。如果在此种情况下要求侦查机关经过审批程序获得技术侦查措施《决定书》,证据可能面临被隐藏、篡改、毁灭以及消失的危险,对此获取的犯罪材料依照紧急情形予以处理是必要的,而获得的材料作为证据使用按照“一览无余原则”处理也是可行的。但是,如果这种用于追捕被通缉的技术侦查措施的《决定书》在使用的措施种类上仅概括地载明技术侦查措施而列出具体种类或者犯罪嫌疑人、被告人,其获得的材料则不能作为证据使用,即使获得的材料在可技术侦查的案件范围内亦然。因为这种《决定书》在内容与程序上存在一定的瑕疵,其“一览”存在问题,应当否定其

[39] 参见王茂松:《通讯窃听法律问题之研究》,《中兴法学》1975 年第 21 期;蔡墩铭:《通讯监听与证据排除》,《刑事法杂志》1995 年第 1 期;江舜明:《监听界限与证据排除》,《法学丛刊》1998 年第 4 期。邓立军:《非法监听所获材料之证据能力的比较法考察》;张华:《附带监听资料之证据能力分析》,《湖南警察学院学报》2011 年 4 期,等等。

附带的“无余”结果,其获得的材料不能作为证据使用。这种情形在其他国家也是如此处理的。如《意大利刑事诉讼法典》第 271 条第 1 款规定,“如果窃听是在法律允许的情况以外进行的或者未遵守第 267 条和第 268 条第 1 款和第 3 款的规定,产生于上述窃听活动的材料不得加以使用。”^[40]

二是技术侦查措施的《决定书》的取得违反法律的程序性规定,或者审批的内容超出技术侦查措施的适用案件范围、对象范围、期限的,其获得的材料即使属于未超出技术侦查案件范围的,也不得作为证据使用;对于审批程序存在瑕疵而非严重影响程序公正的,经过依法补办审批手续后,可以作为证据使用。但是,对于技术侦查审批中的案件基本事实没有出现变化,而仅仅确定的案件罪名有错误,而实际实施技术侦查过程中获得的材料符合审批中的案件事实,如果该案在可技术侦查的案件范围内,其获得的材料可以作为证据使用,无需再补办审批手续。其理由是,在侦查活动初期因受多种因素的影响,侦查人员对案件罪名的认定往往难以十分准确,有些罪名随着侦查活动的推进才能够明晰,法律应该对合理范围内的误差予以适度容忍,不可不顾现实一味排除其获得材料作为证据使用。

三是对“规避技术侦查案件种类”或者“决定书”不明确案件范围、适用对象等内容的,其实施技术侦查措施获得材料不得作为证据使用,即使是作为侦查线索而获得的衍生证据,也不得作为证据使用。因为这种行为不仅侵害了法律对犯罪嫌疑人或被告人基本人权的特别保护,使公民隐私、秘密通讯等基本权利的法律保障被掏空,而且获取证据的目的不具有正当性,也违反了正当法律程序的要求,属于典型的滥用技术侦查的行为,对其获得的材料应当按“毒树之果”规则处理。美、德对此视为重大非法监听行为,其所获得犯罪材料作为非法证据予以排除。基于任何人不得在违法中获得利益的原则考虑,对滥用技术侦查措施的后果应当作出否定性评价,以确保立法控制技术侦查的目的实现。为遏制这一现象,还应当在庭审中建立辩护律师对其获得材料作为证据使用的来源(包括转化源、衍生源)进行质疑的制度,充分发挥程序保障人权的功能。

四是一方同意采取技术侦查措施的,侦查机关未办理相关审批手续,其获得的材料不得作为证据使用。因为一方同意尽管在理论上可视为当事人放弃其基本权利的保障,甚至作为另一方可预期被一方泄露的风险,但因我国技术侦查措施实行审批制度,只有依法获得《决定书》才是合法履行技术侦查措施的职责基础,即使当事人放弃宪法性基本权利也并不代表侦查机关因此获得了审批机关的同意,对此不宜参照美国的做法视为合法。其原因在于,我国侦查机关实施侦查行为不是基于一方当事人的同意而启动,且在实践中对一方当事人同意是否存在侦查机关的威胁、胁迫、引诱等情形难以证明,将其作为证据使用极易引发争议,况且此种情况下的技术侦查也缺乏立法上的授权即相应的法律依据。

五 结 语

基于以上分析,对我国《刑事诉讼法》第 152 条、第 150 条第 3 款应当在“材料”上可以

[40] 《意大利刑事诉讼法典》第 267 条第 1 款和第 268 条第 1 款和第 3 款规定:“公诉人要求负责初期侦查的法官决定进行第 266 条规定的活动。当存在重大犯罪嫌疑并且为进行侦查工作必需实行窃听时,采用附理由命令的形式给予批准。”“对于窃听的通话应当录音,并将有关工作记入笔录。”“窃听工作只能通过安装在共和国检察署中的设备加以实施。”《意大利刑事诉讼法典》,黄风译,中国政法大学出版社 1994 年版,第 90—91 页。

扩大解释,而在“用于侦查、起诉和审判”上应作限缩解释。对于技术侦查获得的“材料”应限于经过依法审批可技术侦查的案件种类、措施类型、适用对象以及期限内收集的“证据、线索以及其他材料”,不仅限于证据材料,从另一侧面对侦查机关实施技术侦查措施获得材料用途作出范围上的限缩。对“侦查、起诉和审判”因其存在“只能用于”的限制,仅限于依法审批实施技术侦查案件的本案的“侦查、起诉和审判”,不得用于“任何其他案件”的“侦查、起诉和审判”。即使属于可以技术侦查的案件范围,也因适用对象(犯罪嫌疑人、第三人等)的不同而区别对待,不宜扩大解释或者变相扩大其获得材料作为证据的使用范围。但是,对犯罪嫌疑人、被告人有利的技术侦查措施《决定书》外获得的材料,即使超出可技术侦查的案件范围、措施种类、期限甚至违反了技术侦查程序,也应在刑事诉讼中作为证据使用,以体现保障人权与实体正义的要旨。

[Abstract] From the standpoint of the human rights guaranteed by the Constitutional Law and the Basic Law, not only the practice of judicial writ system for monitoring in the United States and Germany, but also making the strict limits on the acquired materials outside monitoring writ used as an evidence. Although remaining relevant cautions for monitoring measures in legislation and judicial practices, the exception of the monitoring protection is confined to the “panoramic rules” of the cases in the United States, as well as the “relevance measurement” in Germany. However, the monitoring measures are controversial in theory and legislation because of the citizen’s constitutional rights. It reflects the tensions on the investigation between the protection of citizen privacy right and effectiveness of monitoring technology. The Chinese Criminal Procedure Law adopts the administrative internal examination and approval system for permitting enforcement of technical investigation. These legislations and practices and related disputes concerned the acquired materials outside monitoring writ used as an evidence in US and Germany could give us enlightenment and make us improve internal control mode and establish the corresponding limitation rules, also it could avoid abuse.

(责任编辑:王雪梅)