

# 我国技术调查措施立法检讨

邓立军\*

**摘要:**我国监察法关于“技术调查措施”的规定借鉴了我国刑事诉讼法关于“技术侦查措施”的规定,它们在本质上相似。由于我国技术调查措施立法仍存在不少问题,如技术调查措施的适用条件违反法律明确性原则的要求,适用技术调查措施的程序设计存在诸多缺陷,与我国刑事诉讼法关于技术调查措施的制度安排衔接不畅,等等,因此应从保障被调查人的权利和防止技术调查措施被滥用的立场出发,对我国技术调查措施立法进行完善。具体的完善思路包括:明确规定并严格限制技术调查措施的适用条件,依据正当法律程序原则重构适用技术调查措施的程序,加强我国监察法与刑事诉讼法关于技术调查措施立法的合理衔接。

**关键词:** 监察法 刑事诉讼法 技术调查措施 技术侦查措施 秘密侦查

2018年3月20日,《中华人民共和国监察法》(以下简称《监察法》)经第十三届全国人民代表大会第一次会议表决通过,标志着我国全面深化国家监察体制改革迈进新阶段。但是,我国监察法的通过并不意味着其已经完美无瑕,相反,由于受多种因素的影响,该法仍存在不少问题,尤其是该法关于技术调查措施规定的不足极为明显,给我国的司法和执法实践带来诸多困惑,因此迫切需要予以完善。另外,由于我国法学理论界和司法实务界对技术调查措施立法的认识也存在诸多误区,因此全面、系统、深入地探讨我国技术调查措施立法存在的问题,对于未来修正我国技术调查措施立法具有十分重要的指导意义。

## 一、我国技术调查措施立法现状分析

我国监察法规定监察机关享有适用技术调查措施的权力,并对适用技术调查措施的程序和要求做出了简单的规范。这一规定有利于监察机关依法打击重大贪污贿赂等职务犯罪,也在—

\* 广东财经大学法治与经济发展研究所研究员、广东财经大学法学院教授  
基金项目:国家社会科学基金项目(19BFX106)

定程度上保护了被调查人的合法权利,但是,由于受多种因素的影响和制约,我国监察法关于技术调查措施的规定极为粗陋,存在较多的问题,因此,既给我国监察机关适用技术调查措施带来诸多困扰,也使普通公民的合法权利面临被侵犯的风险。

(一)关于技术调查措施适用条件的规定不太符合法律明确性原则的要求

#### 1. 适用技术调查措施的案件范围不清晰

严格限制技术调查措施适用的案件范围是防止该调查措施被滥用的重要手段之一,然而这个问题却成为我国监察法在制定过程中人们争议最大的问题之一。2017年12月22日,第十二届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议在审议《中华人民共和国监察法(草案)》[以下简称《监察法(草案)》]“二审稿”时指出,有的常委委员、部门和地方建议严格规范技术调查措施的适用范围和批准程序,经研究,建议将《监察法(草案)》“一审稿”第29条规定的可以适用技术调查措施的案件范围由“涉嫌重大贪污贿赂、失职渎职等职务犯罪”修改为“涉嫌重大贪污贿赂等职务犯罪”,并增加“对于不需要继续采取技术调查措施的,应当及时解除”的规定。<sup>①</sup>有些媒体和学者将上述修改解读为《监察法(草案)》缩小了技术调查措施适用的案件范围,但也有学者认为并非如此,其理由是后面的“等”字完全可以涵盖“失职渎职”。<sup>②</sup>笔者认为,删除“失职渎职”的字眼并不能达到限缩技术调查措施适用的案件范围的目的。从程序正义的角度审视我国监察法对技术调查措施适用的案件范围的规定就会发现其依然存在不少问题:(1)立法的表述容易让人产生歧义,认为技术调查措施适用的案件范围除了“重大贪污贿赂职务犯罪”以外,对其他职务犯罪案件适用技术调查措施并不受“重大”的限制。(2)“等职务犯罪”的表述过于宽泛,导致技术调查措施适用的案件范围太广,不能有效保障公民的人权,也使通过限制技术调查措施适用的案件范围以约束技术调查措施的立法旨意被严重削弱。(3)立案标准的缺失导致难以准确界定技术调查措施适用的案件范围。目前,我国监察机关管辖的刑事案件来自原来由检察机关和公安机关管辖的案件,我国监察委员会成立以后并没有发布有关立案标准的规定,而是继续沿用原来由最高人民法院、最高人民检察院、公安部等联合发布的有关司法解释。显然,这一做法的法律依据不足,并且会给对技术调查措施适用的案件范围的界定造成严重困扰。

#### 2. 适用技术调查措施的前提条件过于主观与模糊

《监察法》第28条规定,监察机关对重大贪污贿赂等职务犯罪案件是否适用技术调查措施“根据需要”而定,而“根据需要”这一措辞在《监察法(草案)》公示与征求意见期间就引发了激烈的争论。笔者认为,适用技术调查措施的前提条件过于主观与模糊,不具有可操作性,严重违法法律明确性原则的要求,使得法律实施的效果大打折扣,也很容易导致出现滥用技术调查措施的后果。事实上,监察机关往往会站在所谓提高调查效率、增强打击力度的立场上而非保障人权的立场上,动辄以“根据需要”为由适用技术调查措施。在适用技术调查措施失控的情况下,其后果是十分严重的,包括被调查人在内的有关公民的合法权益都将面临被侵害的巨大风险。因为各种技术调查措施往往都具有易侵权的特性,而这种特性在适用技术调查措施的过程中有可能被极度放大,进而会严重影响立法机关为规范技术调查措施的适用所做的各种努力。

<sup>①</sup> 参见《〈监察法草案〉二审稿大幅修改 5个焦点引关注》,《新京报》2017年12月23日。

<sup>②</sup> 参见《国家监察法草案提请二审,严格规范监察措施保障被调查人合法权利》, [http://www.hinews.cn/news/system/2017/12/22/031368798.shtml? wscckey=9341d7e2345bf604\\_1513933529,2019-05-06](http://www.hinews.cn/news/system/2017/12/22/031368798.shtml? wscckey=9341d7e2345bf604_1513933529,2019-05-06)。

### 3. 技术调查措施的种类和适用对象不明确

虽然《监察法》第28条规定“批准决定应当明确采取技术调查措施的种类和适用对象”,但是该法对技术调查措施的种类和适用对象究竟包括哪些并没有作出明确的界定。这样立法的结果就是使得公民的权利面临被侵犯的巨大风险:一方面,适用技术调查措施的决定机关和技术调查措施的执行机关可能会任意将有关“技术性措施”纳入适用技术调查措施的范畴;另一方面,因对技术调查措施的适用对象缺乏明确的限定而很可能导致适用技术调查措施的决定机关和技术调查措施的执行机关随意扩大技术调查措施的适用对象范围,导致无辜第三人的权利遭受侵害。

#### (二)适用技术调查措施的程序设计存在诸多缺陷

##### 1. 适用技术调查措施的批准机制设置不合理

由于我国监察法只规定要经过“严格的批准手续”才可以适用技术调查措施,但是对于何为“严格的批准手续”却语焉不详,因此就给监察机关留下了很大的自由裁量空间。从笔者收集的资料看,全国各地批准适用技术调查措施的机关存在较大的差异,概括而言,根据调查对象的不同存在由监察委员会单独决定、由纪委单独决定或者由纪委和监察委员会共同决定3种模式,至于由何种级别的纪委或监察委员会决定同样存在较大的差异,<sup>①</sup>但其共同特点是“自行审批”和“内部审批”,具有封闭性、秘密性、危险性等特点。如果对适用技术调查措施缺乏必要的外部监督和制约,那么极易导致该措施被滥用,进而严重侵犯公民合法权利的后果。纵览世界各国适用技术侦查措施的发展史,从某种意义上可以说,大多是一部滥用技术侦查措施和侵犯人权的历史。就我国而言,技术侦查措施在刑事诉讼领域被滥用的后果极有可能在换上技术调查措施的“马甲”后于监察调查领域重现。其原因正如法国学者孟德斯鸠所言:“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止。”<sup>②</sup>

##### 2. 适用技术调查措施的期间没有得到有效限制

首先,我国监察法规定首次适用技术调查措施的期限为3个月。从比较法的角度看,该期限实在太长,为国际社会所罕见。这样规定的后果有可能导致被调查人的秘密通讯自由权和隐私权长期暴露在监察机关、公安机关和国家安全机关的视野下,严重侵犯被调查人的基本权利。其次,对适用技术调查措施的次数没有作出明确的限制,从而有可能使适用技术调查措施的期限毫无限制地延续下去。另外,对延长期限的批准程序也没有作出明确的规定,而是模糊地规定为“经过批准”。再次,对于超越法定期限适用技术调查措施所获证据材料的效力未作出明确的规定,如在期限届满后继续适用技术调查措施所获证据材料是否有效就存在疑问。最后,延长适用技术调查措施期限的标准是“对于复杂、疑难案件,期限届满仍有必要继续采取技术调查措施

<sup>①</sup> 针对具体案件如何申请与批准适用技术调查措施,有记者进行了比较详细的报道。参见徐大勇:《技术调查的使用离不开严格程序》,《中国纪检监察报》2018年6月5日。另外,以技术调查措施为关键词,从最高人民法院裁判文书网检索到6份裁判文书,发现批准适用技术调查措施的机关分别是西藏自治区昌都市监察委员会、中共安徽省淮南市纪律检查委员会、安徽省淮南市监察委员会、陕西省西安市监察委员会、四川省达州市达川区监察委员会、安徽省淮南市田家庵区监察委员会。参见西藏自治区昌都市中级人民法院(2020)藏03刑初1号刑事判决书,安徽省淮南市中级人民法院(2020)皖04刑终41号刑事裁定书,安徽省淮南市田家庵区人民法院(2019)皖0403刑初428号刑事判决书,陕西省西安市中级人民法院(2019)陕01刑初92号刑事判决书,四川省达州市达川区人民法院(2019)川1703刑初366号刑事判决书,四川省达州市中级人民法院(2020)川17刑终155号刑事裁定书。

<sup>②</sup> [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上),张雁深译,商务印书馆1961年版,第154页。

的”,但是如何判断某个案件是否属于“复杂、疑难案件”却缺乏明确的标准可供遵循。

### 3.对适用技术调查措施缺乏有效的监督和制约

在我国监察体制改革试点工作中,监察委员会“位高权重”的特征引起了理论界的普遍担忧和警惕。有学者指出:“如果监察权过大过于集中,失去外部和内部的有效监督制约,它本身就可能转化为贪腐之源的一部分。缺乏有效监督制约的权力必然导致腐败,监察权也不会例外。”<sup>①</sup>为了解决这个问题,《监察法》第8条、第9条以及第7章(对监察机关和监察人员的监督)规定了对监察委员会的监督措施,包括“听取和审议专项工作报告”“组织执法检查”“提出询问或者质询”“依法公开监察工作信息,接受民主监督、社会监督、舆论监督”等常规监督手段,至于如何对适用技术调查措施进行监督和制约,我国监察法并没有作出专门的规定。技术调查措施所具有的隐蔽性、强制性、封闭性、技术性为监督和制约该措施的适用形成了巨大的障碍,常规的监督和制约手段几乎无法发挥作用。一方面,技术调查措施不同于传统的强制处分,其适用对象根本就不知情,也就无法行使各种防御权,更不可能声明不服;另一方面,在整个监察调查期间,作为国家法律监督机关的人民检察院被排除在外,这就增大了监督和制约的难度,导致对适用技术调查措施的事前监督和事中监督完全无法实现。从司法实践看,人民检察院对适用技术调查措施的事后监督在很多情况下也无法实现。因为在一般情况下,对适用技术调查措施收集的证据材料,只有在关系到认定罪与非罪、是否判处无期徒刑、死刑等定罪量刑的关键问题且其他证据都不足以充分印证时,才能作为证据使用,亦即对适用技术调查措施收集的证据材料,目前主要是为了满足彼此补强、相互印证等需要,一般不作为证据使用。这就决定了绝大部分适用技术调查措施收集的证据材料根本就不会出现在移送起诉和审判环节,所以根据《监察法》第33条、第47条的规定,人民检察院可以通过“非法证据排除”和“不起诉”的方式对适用技术调查措施进行制约的制度设想难以落到实处。同理,依据2018年《刑事诉讼法》第56条、第58条、第60条的规定,如果监察委员会非法适用技术调查措施,那么审判机关必须对采用非法方法收集的技术调查证据依法排除,不得作为定案的依据。但是,如果监察委员会根本就不移送适用技术调查措施收集的证据材料,那么审判机关也就无法通过“非法证据排除”的方法对非法适用技术调查措施的行为进行制约。至于人们希望律师凭借其法律专业知识和技能就非法适用技术调查措施的行为向有关机关提出申诉或者控告,敦促有关机关及时纠正错误,以保障被调查人合法权利的愿望同样是难以实现的。因为在监察调查期间根本就不允许律师介入。由此可见,要强化对适用技术调查措施行为的监督和制约必须另行开拓有效的路径。

### (三)我国监察法与刑事诉讼法关于适用技术调查措施的制度安排衔接不畅

#### 1.对技术调查措施的执行程序缺乏具体的规定

我国监察法规定技术调查措施在“经过严格的批准手续”以后,监察机关要“按照规定交有关机关执行”。笔者将这种执行方式称为“移交执行制”。“移交执行制”的创设早在《监察法(草案)》“一审稿”颁布之前就初见端倪。在2017年10月26日中国共产党第十九次全国代表大会新闻发布会上,时任中纪委副书记的肖培对该问题作出了回应:“技术侦查仍然按照现有规定,由

<sup>①</sup> 童之伟:《对监察委员会自身的监督制约何以强化》,《法学评论》2017年第1期。

严格的审批程序决定以后,交由有关部门实施,监委不重复、不替代”。<sup>①</sup>我国监察机关推行“移交执行制”主要是基于以下原因:第一,从当前的组织结构看,监察委员会没有设置与实施技术调查职能有关的专门机构,不具备独立实施技术调查措施的条件。第二,监察委员会的审查调查人员缺乏实施技术调查措施的相关实战经验和能力,也没有相应的技术仪器、设备提供支持,因而交给有关机关执行是比较切合实际的。此处所谓“交有关机关执行”,从实践看是指交由公安机关、国家安全机关或者其他机关执行。我国监察法之所以规定“交有关机关执行”,是由我国的具体国情决定的:(1)公安机关等执法机关在实施技术调查措施方面具有人员、装备和专业技术方面的优势。(2)将适用技术调查措施的决定权与执行权相分离,有利于合理配置权力,形成相互制约的权力运行格局,有利于强化监督制约,控制权力被滥用的风险。(3)对长期以来积累的实践经验的肯定。在我国监察体制改革之前,检察机关在侦查职务犯罪的过程中适用技术侦查措施也长期依赖公安机关、国家安全机关的技术支持,并且已经在实践中形成较为成熟的运作模式,我国监察法只是将已经存在的协助、配合关系法律化,从而有利于保障监察权被依法正确行使。我国监察机关与执法机关各司其职、各负其责,互相配合、互相制约,形成部门之间的信息共享、优势互补和协调联动的整体合力,减少了工作环节和办案成本,有利于实现监察机关与执法机关之间顺畅、高效对接。虽然对适用技术调查措施推行“移交执行制”解决了监察机关执行能力欠缺的难题,但是《监察法》第28条并未对如何适用技术调查措施作出具体的规定。试问在适用技术调查措施的决定移交公安机关等机关以后又该依照何种程序执行呢?在监察实践中,公安机关等机关依据2018年《刑事诉讼法》第151条、第152条的规定和《公安机关办理刑事案件程序规定》的有关规定实施技术调查措施,其实施技术调查措施的法律依据就真的很充分吗?

## 2.对适用技术调查措施所获证据材料该如何进行“庭外质证”缺乏明确的规定

根据《监察法》第33条的规定,通过适用技术调查措施收集的视听资料、电子数据等证据在刑事诉讼中可以作为证据使用,然而对如何在庭外对其进行质证的程序目前并无特别的规定。那么,2018年《刑事诉讼法》第154条规定的技术侦查证据的庭外质证程序是否可以适用于实施技术调查措施所获的证据材料?如果不能适用2018年《刑事诉讼法》第154条的规定,那么适用技术调查措施所获证据材料的庭外质证就缺乏明确的程序规定,而审判人员如果以缺乏明确的法律依据为理由对适用技术调查措施所获证据材料进行“庭上质证”,那么就有可能暴露适用技术调查措施的秘密,进而危害实施技术调查措施人员的人身安全,或者产生其他严重后果。反之,由于适用技术调查措施的行为受我国监察法的规制,而适用技术侦查措施的行为受我国刑事诉讼法的规制,因此,如果审判人员依据2018年《刑事诉讼法》第154条的规定对适用技术调查措施所获证据材料进行“庭外质证”,那么就存在无法逾越的制度障碍。

## 二、我国技术调查措施立法存在问题的原因探究

我国技术调查措施立法存在问题的原因是多方面的,但主要原因可归纳为以下几个方面。

### (一)“重实体轻程序,重打击轻保护”的陈旧观念根深蒂固

<sup>①</sup> 肖培:《纪委和监委合署办公意味责任大了》,http://www.xinhuanet.com/politics/19cpcnc/2017-10/26/c\_129727200.htm,2018-05-12。

“重实体轻程序,重打击轻保护”的观念在我国具有十分深远的历史渊源,并对中华人民共和国成立以后的立法、司法和执法产生过严重的负面影响。毋庸讳言,在相当长的历史时期,“重实体轻程序,重打击轻保护”的刑事司法理念在实践中占据了上风,并因此酿成不少冤假错案,造成了极其恶劣的社会影响。为了破除这种陈旧观念,2004年3月14日,第十届全国人民代表大会第二次会议通过了宪法修正案,首次明确规定“国家尊重和保障人权”。2012年3月14日,“尊重和保障人权”写入刑事诉讼法总则。客观地说,“尊重和保障人权”的理念目前正在日益加强,但是“重实体轻程序,重打击轻保护”的现象依然比较普遍,这种现象也集中体现在我国技术调查措施立法的设计中。鉴于长期以来我国监察体制存在监察范围过窄、反腐败力量分散、体现专责和集中统一不够等问题,因此通过国家立法把党对反腐败工作集中统一领导的体制固定下来,构建党“统一指挥、全面覆盖、权威高效”的监督体系,把制度优势转化为治理效能就势所必然。要想让新组建的反腐败机构——监察委员会——成为“权威高效”的反腐利器,就必须赋予其强大的权力,进而就不可避免地将适用技术调查措施的权力赋予监察委员会。本来,适用技术调查措施这种破坏性、侵害性极大的行为应当在进行严格的法治化改造的基础上才能进行,但是受“重实体轻程序,重打击轻保护”陈旧观念的影响,导致对其进行法治化改造的过程并未顺利完成。

首先,在我国进行监察体制改革试点时适用技术调查措施就面临于法无据的严重危机。在我国进行监察体制改革试点期间,中共中央办公厅印发的有关“试点方案”<sup>①</sup>和全国人大常委会发布的“有关决定”<sup>②</sup>都没有明确规定监察委员会可以适用技术调查措施,而只是规定监察委员会可以采取“谈话、讯问、询问、查询、冻结、调取、查封、扣押、搜查、勘验检查、鉴定、留置”12项措施。但是,在监察体制改革试点期间,山西省、浙江省、北京市的监察机关在查办案件的过程中却已经开始适用“技术调查”或“技术调查措施”。以山西省为例,2017年6月8日,《中国纪检监察报》刊文介绍山西省监察体制改革的经验时指出:“公安机关在监委查办职务犯罪案件中承担着大量的协助配合任务,查询、查封、扣押、搜查、勘验检查以及采取技术调查、限制出境等工作,都需要公安机关支持配合或具体执行”。<sup>③</sup>除了山西省以外,作为监察体制改革试点地区的浙江省监察机关也在适用技术调查措施。根据浙江省监察机关制定的《浙江省监察业务运行工作规程》第57条的规定:“监察机关在调查涉嫌重大贪污贿赂、失职渎职等职务违法、职务犯罪案件时根据需要,经过严格的批准手续,可以采取技术调查措施,交有关机关执行。”并且,有关新闻媒体的报道也为此提供了有力的佐证。例如,2017年6月14日,《中国纪检监察报》在介绍浙江省的监察调查措施的批准机制时指出,据浙江省纪委、监委有关负责人介绍:“……采取搜查、技术调查、

<sup>①</sup> 参见中共中央办公厅于2016年11月7日印发的《关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点方案》,于2017年10月29日印发的《关于在全国各地推开国家监察体制改革试点方案》。

<sup>②</sup> 参见第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议于2016年12月25日通过的《关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点工作的决定》,第十二届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议于2017年11月4日通过的《关于在全国各地推开国家监察体制改革试点工作的决定》。

<sup>③</sup> 张磊:《做好深度融合大文章——山西开展国家监察体制改革试点工作纪实(下)》,《中国纪检监察报》2017年6月8日。

限制出境等涉及人身权利的措施,必须经监委主任批准,请公安机关协助执行”。<sup>①</sup>2017年11月5日,中纪委、监察部网站(现中纪委、国家监察委员会网站,下同)发文,对自2016年11月7日以来山西省、浙江省、北京市的监察体制改革试点工作进行全面回顾和总结时指出:“……今年(2017年)1月至8月,3省(市)已累计开具各类调查措施文书53448份,采取技术调查措施16批次,限制出境179批次633人”。<sup>②</sup>2017年12月13日,中纪委、监察部网站再次发文介绍北京市监察体制改革试点工作的初步成效时提及,“截至2017年11月22日,全市共采取技术侦察措施<sup>③</sup>8人次”。<sup>④</sup>2018年1月25日,中纪委、监察部网站发布《12项调查措施:在细化中规范,在实践中提升》一文时指出,2017年初,北京市、山西省、浙江省3个试点地区本着能试尽试的原则,在调查职务违法犯罪中充分运用了12项调查措施和技术调查、限制出境等措施。<sup>⑤</sup>从上面的实践考察看,山西省、浙江省、北京市3个国家监察体制改革试点地区的监察委员会自试点开始就适用了技术调查措施,并制定了有关内部规定予以规范,但在术语的使用上有“技术调查”“技术调查措施”“技术侦察措施”等多种不同的表述方式。由于当时适用技术调查措施并未获得全国人大常委会的明确授权,因此上述监察委员会适用技术调查措施的合法性存在疑问。

其次,适用技术调查措施的制度设计存在严重的缺陷。虽然技术调查措施是打击腐败等犯罪的一柄利剑,但是如果缺乏有效的规范那么就可能引发一系列弊端乃至灾难性的后果,如容易侵犯公民的言论自由、秘密通讯自由、隐私权、住宅不受侵犯权等基本权利,也很容易引起司法伦理方面的争端,所以对适用技术调查措施的条件和程序必须作出明确的规定并加以严格限制。然而,在“重实体轻程序,重打击轻保护”陈旧观念的影响下,立法机关忽略了适用技术调查措施的巨大破坏性、易侵权性,导致该制度设计存在前述严重缺陷。

最后,适用技术调查措施的对象(被调查人)缺乏基本的对抗权和防御权。值得一提的是,《监察法》只在第60条规定监察机关及其工作人员有法定行为之一的,被调查人及其近亲属有权向该机关申诉,但是在这些所谓的法定行为中竟然找不到非法适用技术调查措施行为的踪迹,也就是说监察机关及其工作人员违法适用技术调查措施,被调查人及其近亲属连申诉的权利都没有,这就使得被调查人处于一种被任意摆布的地位。这种现象的存在显然与英国政治哲学家洛克所说的“法律的目的不是为了废除或限制自由,而是保护和扩大自由”<sup>⑥</sup>的著名论断相违背。

上述问题的存在,从本质上看是我国立法机关关于技术调查措施的立法在理念上出现了偏

<sup>①</sup> 张磊:《改革,不止于挂牌——浙江开展国家监察体制改革试点工作纪实(下)》,《中国纪检监察报》2017年6月14日。

<sup>②</sup> 《积极探索实践,形成宝贵经验,国家监察体制改革试点取得实效——国家监察体制改革试点工作综述》, [http://www.ccdi.gov.cn/toutiao/201711/t20171105\\_126202.html](http://www.ccdi.gov.cn/toutiao/201711/t20171105_126202.html), 2018-06-20。

<sup>③</sup> 此处的“技术侦察措施”与我国刑事诉讼法中的“技术侦查措施”含义相同。“技术侦察措施”系传统侦查业务用语,长期以来在我国公安机关和国家安全机关内部适用。2012年《中华人民共和国刑事诉讼法》修正时增加“技术侦查措施”的规定后,我国的理论界和实务界逐渐统一采用“技术侦查措施”的术语,但目前仍然存在将二者混用的现象。

<sup>④</sup> 段晓博:《精打“组合拳”,全面试用12项调查措施》, [http://www.ccdi.gov.cn/toutiao/201712/t20171208\\_126403.html](http://www.ccdi.gov.cn/toutiao/201712/t20171208_126403.html), 2018-06-20。

<sup>⑤</sup> 参见王小宁:《12项调查措施:在细化中规范,在实践中提升》, [http://www.ccdi.gov.cn/toutiao/201801/t20180121\\_162216.html](http://www.ccdi.gov.cn/toutiao/201801/t20180121_162216.html), 2018-06-20。

<sup>⑥</sup> [英]洛克:《政府论》(下),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第36页。

差,“重实体轻程序,重打击轻保护”的陈旧观念仍然在立法的过程中占据了主导地位,立法机关不愿意(而非不能)将适用技术调查措施这头“野兽”关进制度的笼子,特别是在借助打击重大贪污贿赂犯罪等的名义下,它就会如同脱缰的野马一样肆意奔跑,公民的合法权利遭到践踏也就在所难免。

### (二)“侦查神秘主义”的桎梏依然没有被彻底打碎

我国古代的统治阶级为了强化司法镇压的威慑力量,极力推崇“刑不可知,则威不可测”的观念,这种司法糟粕直到今天仍有残留,并且在技术侦查领域表现得尤为突出。1989年公安部、国家保密局印发的《公安工作中国家秘密及其密级具体范围的规定》将下列事项列为绝密级事项:技术侦察手段和技术侦察阵地的设置、实力、使用情况,技术侦察手段的技术方法、技术侦察专用器材的性能、管理情况及其更新换代情况,技术侦察业务工作和技术管理情况。<sup>①</sup>正是由于该文件将技术侦查措施列为“绝密级事项”,才使得对实施技术侦查措施的行为长期缺乏基本的法律规制,而是通过各种“绝密文件”和“领导讲话”加以控制。2012年《刑事诉讼法》的修正终于使得关于技术侦查措施的立法获得了突破,但是仍存在大量含义不明的条款,这其实是受“侦查神秘主义”影响的结果。2018年技术侦查措施换上了“技术调查措施”的“马甲”出现在我国的监察法中,成为监察委员会的重要调查工具,但是“侦查神秘主义”的影响在我国监察法领域并未完全消除。例如,为何不对技术调查措施的内涵和外延(种类)做出清晰的界定,为何不将适用技术调查措施的批准程序明确地规定在监察法中,为何不对技术调查措施的适用对象作出明确的规定,为何不建立适用技术调查措施的报告制度,为何不建立适用技术调查措施的事后通知制度,为何要排除律师在监察调查(当然涵盖适用技术调查措施)期间的介入等?这一系列问题的存在其实就是“侦查神秘主义”观念影响我国监察法立法的结果。

### (三)忽视我国监察法与刑事诉讼法的合理衔接

自2016年12月25日第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议通过《关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点工作的决定》到2017年11月4日第十二届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过《关于在全国各地推开国家监察体制改革试点工作的决定》,再到2018年3月20日第十三届全国人民代表大会第一次会议通过《监察法(草案)》,整个监察体制改革试点工作历时仅1年零4个月,时间可谓极为仓促。我国监察法关于技术调查措施的规定之所以存在不少问题,是因为时间仓促来不及认真研究和处理监察法中的“技术调查措施”与刑事诉讼法中的“技术侦查措施”之间的合理衔接问题,从而使得如何处理“技术调查措施”与“技术侦查措施”的关系问题,如何处理技术调查措施的移交执行问题,如何处理适用技术调查措施所获证据材料的质证问题,等等,都缺乏明确的法律依据。

### (四)与国际刑事司法准则不够协调

我国技术调查措施立法存在不少与国际刑事司法准则不够协调之处。例如,关于技术调查措施的立法违背有效辩护原则。有效辩护原则作为国际司法准则,在《公民权利和政治权利国际公约》《囚犯待遇最低限度标准规则》《关于律师作用的基本准则》《关于刑事诉讼法中的人权问题的决议》等国际司法文件中得到确认。但是,从我国监察法的规定看,对于涉嫌职务犯罪的被调

<sup>①</sup> 参见邓立军:《全球视野与本土架构——秘密侦查法治化与刑事诉讼法的再修改》,中国社会科学出版社2012年版,第439~443页。



查人在监察调查期间却不允许其委托律师进行辩护,这就决定了在适用技术调查措施期间律师不能介入其中,而这显然不符合国际法的相关规定。又如,关于技术调查措施的立法违反司法审查原则。司法审查原则也是一项重要的国际刑事司法准则,《公民权利和政治权利国际公约》《关于刑事诉讼法中的人权问题的决议》等国际司法文件都对司法审查原则作出了规定。根据国际法律文件对司法审查原则的规定,我国监察法对公民基本权利遭到侵害时如何进行救济的制度设计并没有规定司法审查原则,这集中体现在技术调查措施的适用方面。就技术调查措施的适用而言,由于适用该措施可能会侵害公民的秘密通讯、隐私权等基本权利,因此也应该坚持司法审查原则,但是《监察法》第28条并没有规定司法审查原则。此外,我国技术调查措施立法还存在与比例原则、必要性原则、正当法律程序原则、透明原则等国际刑事司法准则不够协调的问题。

### 三、完善我国技术调查措施立法的建议

针对我国技术调查措施立法存在的前述问题,及时采取相应的对策完善相关立法是非常必要的。习近平总书记在中国共产党第十九次全国代表大会的报告中提出:“推进科学立法、民主立法、依法立法,以良法促进发展、保障善治。”<sup>①</sup>这一论断既是我国立法认识论的一次巨大飞跃,也是对我国立法理论的丰富和发展,对完善我国技术调查措施立法具有重要的指导意义。

#### (一)完善我国技术调查措施立法应该遵循的基本原则

##### 1. 必须遵循关于技术调查措施立法的国际准则

毫无疑问,联合国关于技术调查措施立法的国际准则对于完善我国技术调查措施立法具有重要的指导意义和参考价值,我国作为缔约国也必须遵循。目前,国际公约中虽然并无技术调查措施这一概念,但是存在与技术调查措施内涵和外延高度吻合的另一术语——电子监视。电子监视在《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第20条和《联合国反腐败公约》第50条均有规定,但是对于什么是电子监视,各缔约国并未能达成一致意见,因此上述两个国际公约均未对其含义予以界定。2004年9月,联合国毒品和犯罪问题办公室发布的《联合国侦查人员和检察人员实用反腐败手册》对电子监视做了如下描述:是指采用电子方式收集信息和情报,包括一些隐秘性活动,比如录像、电话监听或者窃听,还包括采用合作证人和线人隐匿或使用的视听设备和发射机。<sup>②</sup>2019年3月,联合国毒品和犯罪问题办公室发布的《当前适用电子监视侦查严重和有组织犯罪的实践》进一步指出,电子监视包括音频监视、视频监视、追踪监视、数据监视4种主要形态,具体涉及14种电子监视技术。<sup>③</sup>根据联合国有关公约、条约、决议的规定,关于通讯监控等技术调查措施的立法必须遵循以下13项基本准则:(1)合法性原则,指任何对隐私权的侵犯必须得到

<sup>①</sup> 习近平:《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》,载习近平:《习近平谈治国理政》(第3卷),外文出版社2020年版,第30页。

<sup>②</sup> See United Nations Office on Drugs and Crime, United Nations Handbook on Practical Anti-Corruption Measures for Prosecutors and Investigators, <https://www.unodc.org/documents/treaties/corruption/Handbook.pdf>, 2019-03-03.

<sup>③</sup> See United Nations Office on Drugs and Crime, Current Practices of Electronic Surveillance in the Investigating of Serious and Organized Crime, [https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Law-Enforcement/Electronic\\_surveillance.pdf](https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Law-Enforcement/Electronic_surveillance.pdf), 2019-03-03.

法律清晰而又精确的规定。(2)目的合法原则,指法律只应允许指定的国家机构为实现与之相对应的合法目标才能进行通信监视,该合法目标属于民主社会中必需的重要法律利益。(3)必要性原则,指实施通讯监控必须是达成合法目标的唯一手段,或者存在多种手段时通讯监控可能是侵犯人权力度最小的手段。(4)适当性原则,指法律授权的通讯监控对于实现已经确认的特定的合法目的必须是适当的。(5)比例原则,指通讯监控只能适用于已经发生或即将发生严重犯罪的高度可能性。(6)司法审查原则,指实施通讯监控的决定必须由独立的、公正的司法机关裁决,并与执行机关相分离。(7)正当法律程序原则,指要求各国尊重和保障公民的人权,任何干涉人权的合法程序都必须通过适当列举的方式在法律中予以规定,始终如一地执行,并为广大公众所知晓。(8)通知用户原则,指应将有关授权实施通讯监控的决定通知公民个人,并使其有足够的时间和信息对实施通讯监控的决定提起上诉。(9)透明原则,指对于通讯监控手段与权力的范围及其使用,国家必须保持透明度。(10)公众监督原则,指各国应建立独立的监督机制以确保通讯监控的透明度和问责制的执行。(11)通讯与系统完整性原则,指国家不得强制服务提供商、硬件或者软件销售商在其系统中装设监控或监听设备,或者纯粹为了国家监控的目的收集或保留特殊信息。(12)保障国际合作原则,指国家不得利用司法协助程序或者外国对受保护信息提出的申请规避国内关于通讯监控方面的法律限制。(13)防止非法获取原则,指国家应当立法将公共部门或私人部门的有关人员非法实施通讯监控的行为犯罪化。<sup>①</sup>

## 2. 必须遵循世界各国关于技术调查措施立法的共同规律

规范技术调查措施适用的立法肇始于美国,受美国的影响和国际公约的推动,越来越多的国家逐渐开始规范技术调查措施的适用。不过,由于受政治制度、法律制度、法律传统等因素的影响,各国规范技术调查措施适用的立法表现出一定的差异性,但是也带有一定的共同性,并且集中体现在以下几个方面:(1)技术调查措施原则上只能适用于“严重犯罪”。“在绝大多数发达国家,执法机关、安全机关和情报机关在其工作中适用通讯监听旨在打击严重犯罪和国家安全所面临的包括恐怖主义在内的威胁。”<sup>②</sup>这表明技术调查措施在一般情况下不能适用于轻罪,当然更不能适用于违法行为。至于如何确定严重犯罪的范围,通常主要采取“罪名列举法”“罪刑轻重限定法”或者兼采这两种方法予以严格限定。(2)必须在常规侦查手段不能或者难以查明案情或者即使采用也不可能成功或者太危险的情况下才能适用技术调查措施。(3)技术调查措施的适用一般需要经过法官的批准,因为由法官负责审批可以确保审批程序的中立性和公正性。(4)技术调查措施的适用必须受到法定期间的限制,而不可能无期限地适用下去,否则就会使公民的隐私权和秘密通讯自由权长期处于被侵犯的状态。(5)非法适用技术调查措施所获得的证据材料将面临被排除的命运。这既是防止权力被滥用的需要,也是保障公民合法权利不受侵犯的需要。(6)犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人对非法适用技术调查措施的可以申请赔偿损失。

### (二)明确规定并严格限制适用技术调查措施的条件

#### 1. 严格限制适用技术调查措施的案件范围

<sup>①</sup> See International Principles on the Application of Human Rights to Communications Surveillance, Final Version 10 July 2013, [https://necessaryandproportionate.org/files/2016/03/04/en\\_principles\\_2014.pdf](https://necessaryandproportionate.org/files/2016/03/04/en_principles_2014.pdf), 2019-03-03.

<sup>②</sup> U.K. Secretary of State for the Home Department, Interception of Communications in the United Kingdom: A Consultation Paper, <https://www.cyber-rights.org/interception/ioca.pdf>, 2020-10-03.

由于技术调查措施是一种对公民隐私权具有严重干扰性的秘密调查措施,潜藏着侵犯人权的巨大风险,因此必须对适用该种措施的案件范围进行严格限制。根据比例原则的要求,通常只能对严重犯罪才能适用该种措施。这既是联合国刑事司法准则的重要内容,也是世界各国关于技术调查措施立法成功经验,我国在进行技术调查措施立法时必须遵循这一原则。鉴于我国关于适用技术调查措施的案件范围的规定存在前述缺陷,因此建议从以下几个方面予以弥补:(1)由于我国监察法的表述容易让人误认为适用技术调查措施的案件范围除了“重大贪污贿赂职务犯罪”以外,对其他职务犯罪案件适用技术调查措施并不受“重大”的限制,因此应将适用技术调查措施的案件范围修改为“重大贪污贿赂犯罪或者其他重大职务犯罪”。(2)建议由国家监察委员会及时颁布相关规定对其管辖案件的立案标准予以明确,尤其是要界定“重大职务犯罪”的标准和种类,而不能继续沿用最高人民检察院的有关司法解释。(3)严格限制将技术调查措施适用于“等职务犯罪”案件。由于我国监察法对“等职务犯罪”的表述过于模糊与宽泛,目前也缺乏具有可操作性的细则,违反“必须以清晰和精确的方式列明被授权实施监视的罪名和活动”<sup>①</sup>的国际最低限度的保障标准,因此建议采用“罪刑轻重限定法”对适用技术调查措施的其他职务犯罪案件的范围严加限制。考虑到除了“重大贪污贿赂职务犯罪”案件以外,对其他职务犯罪案件适用技术调查措施的必要性不大,并且参照《公安机关办理刑事案件程序规定》第 254 条关于“其他严重危害社会的犯罪案件,依法可能判处 7 年以上有期徒刑的”可以适用技术侦查措施的规定,从我国技术调查措施与技术侦查措施的相关规定应该保持一致性出发,建议对可能判处 7 年以上有期徒刑的其他职务犯罪案件经过严格的批准手续可以适用技术调查措施。(4)根据比例原则的要求,应当绝对排除适用技术调查措施查办“职务违法案件”和“职务违纪案件”的做法。关于技术调查措施的立法必须遵循比例原则,既是联合国刑事司法准则反复重申必须遵守的基本准则,也是世界各国关于技术调查措施立法必须遵循的共同规律。考察我国监察体制改革的实践可以发现,目前仍存在较严重的与该原则不协调的现象,其中最突出的表现就是适用技术调查措施查办“职务违法案件”和“职务违纪案件”。我国监察法实施以后,从其规定看似似乎已经不能再适用技术调查措施查办“职务违法案件”,但是,《中国共产党纪律检查机关监督执纪工作规则》却规定可以适用技术调查措施查办“职务违法案件”和“职务违纪案件”,这一规定不仅与我国监察法的规定相冲突,而且也使得适用技术调查措施与比例原则的要求越来越远。

## 2. 明确规定适用技术调查措施的前提条件

我国监察法规定监察机关调查涉嫌重大贪污贿赂等职务犯罪,根据需要,经过严格的批准手续,可以适用技术调查措施。我国监察法做如此规定,显然不符合前述国际刑事司法准则和世界各国所确立的“辅助性”原则的要求,即只有通过其他常规侦查手段难以达到收集证据或情报的目的时才可以适用电子监视。换言之,在执法中适用电子监视不得成为首要选择的侦查工具,相反只有在其他侵入性较低的侦查手段已经被证明是无效的或者没有其他合理的替代性措施以获取重要信息或证据时,才可以考虑适用电子监视。所以,从保障人权和限制适用技术调查措施的

<sup>①</sup> See Douwe Korff, Note on European & International Law on Transnational Surveillance, Prepared for the Civil Liberties Committee of the European Parliament to Assist the Committee in Its Enquiries into USA and European States' Surveillance, [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/libe/dv/note\\_korff\\_/note\\_korff\\_en.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/dv/note_korff_/note_korff_en.pdf), 2019-03-03.

立场出发,建议明确规定适用技术调查措施的前提条件,将“根据需要”修改为“原则之例外”,即只有在适用常规调查措施已经失败或者不可能成功或者可能对调查人员的人身安全构成重大威胁时,才能允许适用技术调查措施。

### 3. 明确规定技术调查措施的种类和适用对象

技术调查措施的种类和适用对象规定不明与法律明确性原则的要求相违背,容易导致权力被滥用以致造成不必要的权益损害结果,为此有必要对其予以严格限制。建议在我国监察法中明确规定技术调查措施的种类包括记录监控、行踪监控、通信监控、场所监控等几类,如果要拓展技术调查措施的种类,那么必须通过修法的途径来实现,适用技术调查措施的决定机关和技术调查措施的执行机关不得任意拓展技术调查措施的种类。而如何规范技术调查措施的适用对象同样是一个不能忽视的重大问题,唯有对技术调查措施的适用对象作出明确的规定,才能避免技术调查措施被滥用。笔者认为,技术调查措施的适用对象必须严格局限于我国监察法所规定的“监察对象”,亦即《监察法》第15条所列举的“6类人员”,并且,只有当这“6类人员”涉嫌实施重大贪污贿赂等严重职务犯罪时才可以适用技术调查措施。此外,对于非法定适用对象适用技术调查措施所获得的证据材料应当予以排除。

### (三) 依据正当法律程序原则重构适用技术调查措施的程序

#### 1. 对适用技术调查措施实行司法审查制度

对适用技术调查措施实行司法审查制度,是联合国法律文件推崇的“司法控制机制”或“司法裁判原则”,目前已得到世界上大多数国家的普遍遵循。至于为什么要实行司法审查制度,欧洲人权法院在“克拉斯诉德国案”<sup>①</sup>的判决中作出了如下解释:“法治也就意味着行政当局干涉个人的权利应当受到有效的控制,通常应当是由司法机关批准而不是行政机关,至少应当成为最终诉诸的手段,因为只有司法控制才是提供独立性、公正性和适当性的程序的最佳保障”。就我国而言,对适用技术调查措施批准机制的改革应分两步走:第一步,将目前由我国监察机关自行批准适用技术调查措施的权力移交给人民检察院行使。这是由人民检察院所具有的国家法律监督机关的性质所决定的。第二步,在条件成熟时,将该批准权力转交人民法院行使。这也许是更适合我国国情和立法规律的发展方向,因为“司法审查制度的核心和关键在于将司法审查权委以与侦查结果无利益关系的第三方行使”。<sup>②</sup>

#### 2. 严格限制适用技术调查措施的期间

由于不对适用技术调查措施的期间进行有效限制极易导致该措施被滥用,因此应对我国适用技术调查措施期间的规定作出修改。具体而言:(1)鉴于我国监察法规定首次采取技术调查措施的期间长达3个月,因此建议压缩首次适用技术调查措施的期间,即最长不能超过一个月。(2)鉴于适用技术调查措施期间延长的次数如果没有得到有效限制,那么极有可能存在适用技术调查措施的期间毫无节制地延续下去的弊端,因此建议在首次适用技术调查措施的期间届满以后,如果还有必要继续适用技术调查措施的,那么可以延长一次。期间延长一次以后确有必要继续适用技术调查措施的,应规定按照首次适用技术调查措施的程序重新办理申请与批准手续。

<sup>①</sup> See *Klass v. Germany*, Application 5029/71, 6 September 1978, para 55, <http://eidhr.wiki.huji.ac.il/images/Klass.pdf>, 2018-03-08.

<sup>②</sup> 何家弘主编:《刑事司法大趋势——以欧盟刑事司法一体化为视角》,中国检察出版社2005年版,第292页。

(3)针对现行的适用技术调查措施期间延长的标准是“复杂、疑难案件期满后”,但是如何判断某个案件究竟是否属于“复杂、疑难案件”没有明晰的标准可以遵循,为避免判断的主观性、随意性,建议将以下情形规定为“复杂、疑难案件”的范围:被调查人数众多的严重职务犯罪案件,作案时间跨度长、地域范围广、涉及罪名多、调查取证困难特别大的严重职务犯罪案件,案情复杂且有争议的严重职务犯罪案件,涉外或涉港、澳、台的严重职务犯罪案件等。(4)对于超过法定期间适用技术调查措施所获得的证据材料应当视为《监察法》第 33 条规定的非法证据予以排除,而不得作为处理案件的依据。

### 3. 建立严格有效的监督和制约机制

我国监察委员会具有“位高权重”的特点导致社会各界要求加强对其监督与制约的呼声高涨,虽然理论界对此做了一些探索,但是目前的研究主要是从宪法学方面进行宏观、抽象的论述,并没有对如何加强技术调查措施适用的监督与制约提出具体的、具有可操作性的建议。根据前面的分析,目前真正可以对我国监察委员会适用技术调查措施发挥监督与制约作用的机构只有“本级人民代表大会及其常务委员会”和“上一级监察委员会”以及执法部门(专指公安机关、国家安全机关),但是我国监察法并没有对如何加强本级人民代表大会及其常务委员会和上一级监察委员会以及执法部门对技术调查措施适用的监督与制约作出明确的规定。为防止技术调查措施被滥用,建议采取以下具体对策。

(1)加强本级人民代表大会及其常务委员会对监察机关适用技术调查措施的法律监督。根据 1982 年《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第 3 条、第 63 条、第 67 条、第 104 条、第 125 条、第 126 条和《监察法》第 8 条、第 9 条、第 53 条的规定,加强本级人民代表大会及其常务委员会对监察机关适用技术调查措施的法律监督具有充分的法律依据。这里的问题是,我国宪法和监察法都没有明确规定本级人民代表大会及其常务委员会如何加强对适用技术调查措施的监督。相反,《监察法》第 53 条规定各级人民代表大会常务委员会只须听取和审议本级监察委员会的“专项工作报告”,而不需要对产生它的人民代表大会做“年度工作报告”。这一规定明显不合理,弱化了人民代表大会对监察委员会的监督力度。为此,建议立法规定各级监察委员会必须对产生它的人民代表大会做“年度工作报告”,并就适用技术调查措施的情况做详细的报告,其报告事项应当包括:申请适用技术调查措施的次数,批准适用技术调查措施的次数,提出申请后被拒绝的次数,技术调查措施执行的期限(包括批准延长期限的情况),各种具体类型的技术调查措施的适用情况;法定范围内的各类案件适用技术调查措施的情况及其比率;适用技术调查措施导致被留置、被移送起诉、被判刑的被调查人、犯罪嫌疑人或被告人,适用技术调查措施收集的证据材料在监察调查中的运用情况,销毁适用技术调查措施收集的与案件无关材料的情况。另外,为了强化人民代表大会及其常务委员会对适用技术调查措施和监督力度,建议明确规定各级人民代表大会常务委员会每 6 个月对本级监察委员会适用技术调查措施的情况组织执法检查,并听取和审议本级监察委员会关于适用技术调查措施的“专项工作报告”,若情况特殊则可以视具体情形不定期地针对适用技术调查措施的情况组织执法检查并听取和审议关于适用技术调查措施的“专项工作报告”。

(2)加强上级监察委员会对下级监察委员会适用技术调查措施的法律监督。根据 1982 年《宪法》第 125 条、第 126 条和《监察法》第 8 条、第 9 条、第 10 条、第 53 条的规定,上级监察委员会与下级监察委员会之间是一种“领导与被领导”的关系,因此强化上级监察委员会对下级监察

委员会适用技术调查措施的法律监督具有明确的法律依据。上级监察委员会可以定期或不定期地对下级监察委员会组织执法检查,尤其是通过采取实地调取和查阅案卷材料、申请与批准文书、审批流程,检查保密工作和监督机制,质询办案人员等方式进行全面细致的检查。通过组织执法检查可以及时发现适用技术调查措施存在的问题并采取相应的对策,以期达到堵塞漏洞、规范管理的目的,促进内部监督工作规范化水平的不断提升。

(3)建议赋予技术调查措施的执行机关以拒绝执行权。根据我国监察法的有关规定,监察机关享有适用技术调查措施的批准权,而实施技术调查措施则必须依赖于公安机关和国家安全机关。从保障技术调查措施依法实施的角度看,公安机关和国家安全机关除了实施监察机关批准的技术调查措施以外,还可以根据《监察法》第4条的规定行使制约权。但是,从当前的实践看,忌惮于监察委员会的“位高权重”,我国公安机关和国家安全机关只是一味地强调配合而不敢或不愿行使制约权,“配合有余,制约不足”的现状显然不利于防止技术调查措施被滥用。因此,建议在我国监察法中增加如下规定:如果技术调查措施的实施机关在经过立案审查以后,发现委托实施的技术调查措施不符合法律的规定,那么有权拒绝实施技术调查措施,并及时向该监察机关的上级机关反映情况。

(4)强化检察机关对监察委员会非法适用技术调查措施的制约。在我国监察体制改革的过程中,对于是否保留人民检察院的侦查权存在较大的争议,虽然在经过各方力量的激烈博弈之后,2018年《刑事诉讼法》最后保留了人民检察院的有限侦查权,但是只能针对“司法工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、非法搜查等侵犯公民权利、损害司法公正的犯罪”进行侦查。由于上述犯罪主体局限于“司法工作人员”,亦即1997年《中华人民共和国刑法》第94条规定的“有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员”,而监察人员不属于“司法工作人员”的范畴,因此即使监察人员利用职权非法适用技术调查措施侵犯公民权利、损害司法公正的,人民检察院也不得行使侦查权对其非法实施的技术调查行为进行监督。为此,建议修改我国监察法、刑法、刑事诉讼法的相关规定,允许人民检察院对监察人员非法适用技术调查措施,情节严重构成犯罪的,可以立案侦查。

(5)强化律师对监察委员会适用技术调查措施的法律监督。在对犯罪嫌疑人、被告人人权保护的措施中,辩护权是犯罪嫌疑人、被告人最基本的诉讼权利,无论以何种理由均不得侵犯,否则便是对国际法的违反,必将面临国际社会的谴责。但是,从我国监察法的规定看,对于涉嫌职务犯罪的被调查人却不允许其委托律师进行辩护,而只能自行辩护,法律援助制度也无法在被调查人的身上得到落实。笔者认为,实务界以反腐败的现实需要为由,过分强调监察调查的特殊性而排斥律师介入的做法是过去长期以来片面强调“打击犯罪”的刑事司法价值观的故态复萌。世界各国刑事司法的历史和现实一再证明,任意侵扰或者剥夺行为人辩护权的行为是造成冤假错案的重要原因之一。为此,建议修改我国监察法的相关规定,允许律师在监察调查期间以辩护人的身份监督技术调查措施的适用,通过对技术调查措施适用的案件范围、期间及其延展、申请与批准手续、法律文书、技术调查措施的执行与解除、所获得的证据材料等的审查,及时发现和纠正适用技术调查措施过程中存在的违法或者犯罪行为,以达到保证技术调查措施依法适用的目的。

#### (四)加强我国监察法与刑事诉讼法关于技术调查措施规定的合理衔接

考虑到技术调查措施与技术侦查措施在本质上的相似性,在参考我国监察法、刑事诉讼法以及公安机关办理刑事案件程序规定等有关规定的基礎上,笔者将对技术调查措施的含义做如下

界定:技术调查措施是指我国监察机关出于调查重大职务犯罪的需要,当常规调查措施已经失败或者不可能成功或者可能对调查人员的人身安全构成重大威胁时,经过严格的批准手续而采取的特殊调查措施,包括记录监控、通讯监控、行踪监控、场所监控等秘密的专门技术手段。另外,为了更加明确技术调查措施的内涵与外延,建议在我国监察法的附则里增加规定:本法中的“技术调查措施”与刑事诉讼法中的“技术侦查措施”的内涵与外延基本相同。这一规定的重要意义在于,可以实现我国监察法关于技术调查措施的规定与刑事诉讼法关于技术侦查措施的规定有效衔接。如此一来,技术调查措施的适用和所获证据材料的庭外质证就可以依据刑事诉讼法关于技术侦查措施的有关规定来进行,从而解决前述我国监察法中技术调查措施的适用和所获证据材料的庭外质证无法与刑事诉讼法关于技术侦查措施的规定实现对接的问题。同时,为了使技术调查措施的适用和所获证据材料的庭外质证获得更加明确的法律依据,建议在我国监察法中增加如下规定:技术调查措施的适用必须遵守刑事诉讼法关于“技术侦查措施”适用的有关规定;采用技术调查措施收集的证据材料在刑事诉讼中作为证据使用可能危及有关人员的人身安全,或者可能产生其他严重后果的,应当采用不暴露有关人员身份、技术方法等的保护措施,必要时可以由审判人员在庭外对证据材料进行核实。

#### 四、结 语

司法实践已经证明技术调查措施是查明重大职务犯罪的重要手段,但是如果制度设计不科学、不公正,那么就可能会成为侵害公民合法权利的工具。由于多种原因的存在,导致我国技术调查措施立法存在不少缺陷,隐藏着人权被侵犯的巨大风险,因此亟须予以完善。要实现我国技术调查措施立法的科学化、公正化,就必须严格遵守国际公约的有关规定,在立足我国国情的基础上借鉴法治发达国家的先进经验;否则,我国的技术调查措施立法难言完美。

责任编辑 田国宝