

非法监听与证据排除

邓 立 军

[摘 要] 从程序正义的视角加以解读,非法监听主要有违反法定程序的秘密监听、他案监听、附带监听和一方当事人监听等表现形式。其中,违反法定程序的秘密监听与他案监听系两种典型的非法监听行为,其所获资料应予排除,不具有证据能力。附带监听和一方当事人监听在程序上也存在瑕疵,其所获资料是否具有证据能力,需要区分不同情况予以处理。

[关键词] 秘密监听;非法监听;证据排除

[中图分类号] DF6 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2008)03-0330-04

一、非法监听的表现形态

(一)违反法定程序的秘密监听

违反法定程序的秘密监听主要有以下几种类型:一是违反秘密监听的基本原则,即侦查机关在犯罪嫌疑不足或尚有其他方法可作为侦查案件的手段时即进行监听,就是对必要性原则及相关性原则的违反,亦是典型的非法监听。二是无证监听,即侦查官员在实施监听时没有获得法官或其他官员的批准令状,而又不符合有关紧急监听的法定条件者,就属典型的非法监听。三是秘密监听超出了法定的罪名范围。鉴于世界有关国家或地区的监听立法已通过“罪刑轻重限定法”或者“罪名列举法”等立法模式对监听之罪名范围作了具体、详细之规定,如果侦查机关逾越此罪名范围,即构成非法监听。四是秘密监听的对象超出了法定范围,秘密监听的对象主要局限于犯罪嫌疑人或被告人,但在某些特殊情况下,也可能延及与犯罪有关联的“第三人”,如侦查机关在监听过程中对既非犯罪嫌疑人或被告,也非与犯罪有关联的“第三人”实施秘密监听,以图获取犯罪证据,就是一种典型的非法监听。五是逾越秘密监听的法定期间。为了增强侦查人员的诉讼法制观念和工作责任心,促使其加快侦破进度,提高工作效率,同时也为了保障有关当事人的隐私,避免遭致长期的被侵扰状态,有关国家或地区都明确规定了秘密监听的法定期间。遵守秘密监听的法定期间是侦查官员的法定义务,而不得违反,否则即属非法监听。六是秘密监听方法违反法律规定。

(二)他案监听

他案监听是指侦查机关为了监听将来可能发生或已发生但非属于可被监听的案件(本案),而以可被监听的罪名(他案)申请执行监听,该监听执行的主要目的并不在于搜集重大犯罪(他案)的证据,而是为了收集本案的证据。以德国监听法为例,假如德国侦查机关以谋杀罪(可监听罪名)为由向法官申请对犯罪嫌疑人实施监听,但其真正目的是为监听诈骗罪(并不属于法定监听范围的罪名),就属于此种情形。侦查人员以属于法定监听范围内的罪名为由申请对犯罪嫌疑人实施监听,但其真正目的是为了监听并不属于法定监听范围内的其他罪名。此种监听行为,明显是规避监听程序中之事前审查机制的非法监听行为。

（三）附带监听

附带监听又称偶然监听或意外知情，指侦查机关即使依法实施监听也可能在附带的情形下，有机会收集到超出监听许可证所记载的犯罪事实，或发现被监听对象以外其他人犯罪事实的一种监听行为。

附带监听可以根据不同的标准进行分类：一是根据附带监听所发现的是否为同一被监听对象，可以将附带监听分为“同一对象的附带监听”和“不同对象的附带监听”。所谓“同一对象的附带监听”，是指侦查机构在依法执行监听的过程中，附带发现监听对象另犯有他罪或者预备犯他罪（另案），而搜集到其他犯罪的犯罪证据。举例来说，侦查人员以犯罪嫌疑人甲涉嫌谋杀罪为由申请对其实施监听，但在监听过程中除了获悉谋杀罪的证据以外，还发现甲犯有抢劫罪的犯罪事实，即属此例。所谓“不同对象的附带监听”，是指侦查机关在依法执行监听的过程中，在附带的情形下，发现监听对象以外的其他人的犯罪证据。二是根据附带监听所获悉的犯罪是否属于法定的可监听罪名的范围，可以将附带监听分为“可监听罪名的附带监听”和“不可监听罪名的附带监听。”通过排列组合不难发现附带监听有以下4种具体表现形式：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；不同对象的可监听罪名的附带监听；不同对象的不可监听罪名的附带监听。

（四）一方当事人监听

一方当事人监听是指通话之一方当事人主动放弃秘密通讯自由权及隐私权的保障，而同意由第三人或由其自己亲自进行监听的行为。从侦查实践来看，一方当事人之监听主要有以下两种类型：一是同意监听，是指通讯一方同意由第三人就其通讯内容行使监听。例如，绑架勒索案件的被害人，同意侦查机关在其家中监听犯罪嫌疑人的来电，以侦测电话来源和方位就是同意监听的典型表现形式。二是当事人录音，是指通讯的一方当事人自行秘密地将谈话内容予以录音的情形。例如，伪装购买毒品或者枪械的警察，将其与毒贩或者枪贩间的对话秘密录音就是当事人录音的典型表现形式。

二、非法监听所获资料之证据能力的分析

（一）违反法定程序监听所获资料之证据能力的分析

违反法定程序监听的表现形式主要有：违反监听的基本原则；无证监听；秘密监听超出原来核定的罪名范围；秘密监听对象超出了法定范围；逾越秘密监听的法定期间；秘密监听方法违反法律规定等。这些非法监听行为违反了法律的强制规定，严重侵害了被监听者的基本人权，属于严重的非法监听行为。为了抑制侦查机关的非法监听行为，违反法定程序监听所获资料之证据能力应该予以排除，这已成为世界有关国家或地区秘密监听立法的共同规定。

（二）他案监听所获资料之证据能力的分析

他案监听很显然是侦查机关规避监听法中所规定的司法审查机制的行为，如此以来监听法就会面临被架空的危险，是一种典型的滥用监听权的行为，它不仅严重侵害了犯罪嫌疑人或被告的基本人权，也使公民秘密通讯自由权的保障难以落实。有鉴于此，世界有关国家或地区的监听法都将他案监听视为重大非法监听行为，其所获之资料自然不具有证据能力。

（三）附带监听所获资料之证据能力的分析

对于附带监听所获资料的证据能力问题，国内法学界对此尚未展开研究，在此先简单介绍美国、日本与德国的作法。美国法典规定，监听令状上未记载罪名的其他会话，除非监听结束后侦查机构尽快向法院提出书面申请，并且该申请必须获得法官的认可，否则该会话不容许作为证据。这就表明在美国附带监听所获之资料原则上不具备证据能力，但如果附带监听的罪名与监听许可证上所记载的罪名性质相近或者存在事实上的“不可分”关系，以及附带监听系获得法官的默许授权等三种特殊情况时，附带监听所获之资料可以作为证据使用。日本《关于犯罪侦查中监听通讯的法律》规定附带监听所发现的犯罪如果是法定范围内的可监听罪名或者是可能被判处死刑、无期惩役或无期监禁以及最低刑期为1年以上的惩役或监禁之罪，那么所获之资料具有证据能力^[1]（第215页）。德国法对于附带监听所获资料的证

据能力问题没有作出明确规定,该国司法实务界对此持“相对禁止”的观点。德国联邦最高法院根据附带监听所获之资料与所监听之犯罪是否具有关联性作为判断标准。如果存在关联性,那么附带监听所获之资料就具有证据能力,否则就不具有证据能力。从以上的介绍可以看出,美、日、德三国对附带监听所获资料的证据能力问题的立法规定及其实务处置存在较大分歧。不过即便如此,依然可以发现上述三国对附带监听所获资料的证据能力原则上均持排除的态度,同时又规定了在“个别例外的情况”下,附带监听所获资料具有证据能力。但对何为“个别例外的情况”,三国的立法规定及其实务处置存在较大差异。相比较而言,日本对附带监听所获资料的证据能力问题的规定明显扩大了监听措施的适用范围,这虽然有利于惩治犯罪,但却存在滥用监听权的风险,有违国家通过法律规制监听措施的目的。美国与德国的做法较好地处理了惩罚犯罪与保障人权之间的关系,但同样存在明显的局限性。

笔者认为,对于附带监听所获资料是否应该具备证据能力的问题,应当另辟蹊径,区分具体情况分别处置。前面提到附带监听有四种具体表现形式:即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;不同对象的可监听罪名的附带监听;不同对象的不可监听罪名的附带监听。对于“同一对象的可监听罪名的附带监听”与“同一对象的不可监听罪名的附带监听”,这两种情形的附带监听要么逾越了原来核定的罪名范围,要么逾越了法定的可监听的罪名范围,在程序上存在明显的瑕疵,但从总体上看,这两种情形的附带监听并未扩大侵害监听对象的秘密通讯自由权与隐私权,相反国家可以藉此发现、收集到犯罪嫌疑人的其他犯罪证据,还可以及时防止其他犯罪的发生。另外,从侦查实务来看,由于犯罪活动日趋组织化、复杂化、多样化、隐蔽化,这就决定了无论是单个的犯罪嫌疑人还是犯罪组织,都可能实施多种犯罪活动,触犯多个罪名。而在侦查初期,侦查机关往往难以准确确定需要监听的罪名,若对“同一对象的可监听罪名的附带监听”与“同一对象的不可监听罪名的附带监听”所获资料之证据能力贸然予以排除,不仅不利于打击日益猖獗的犯罪活动,而且也违背了侦查活动的基本规律,陷入了机械和僵化主义的泥淖。

(四)一方当事人监听所获资料之证据能力的分析

一方当事人监听所获之资料是否具有证据能力同样是一个颇为复杂的问题,不同的国家或地区有不同的规定或处置,在此先介绍美国、日本、德国以及台湾地区的作法。美国法典规定“通讯或对话之一方如事先获得当事人中一方之同意,形式上具有合法的理由,而监听电话、电子通讯或口头对话之行为,不视为本章之非法行为。”不难看出在美国由于一方当事人监听并非监听法所要规范的监听行为,也不存在侵犯另一方当事人对其谈话内容享有的隐私期待权,因此一方当事人监听所获之资料具有证据能力。日本没有将同意监听纳入强制措施的范围,也没有对其予以法律规制,而是把对同意监听的处置交由法官自由裁量。在司法实务中,日本对同意监听的态度可以概括为,以监听或秘密录音有无不法目的而确定其是否违法,如被认为是非法的,则所获资料不具备证据能力^[2](第 371 页)。德国司法实务界认为,未经说话者同意就监听其会话内容或加以秘密录音系一种侵犯说话者人格权的行为,因此,一方当事人监听是一种非法监听行为,其所获之资料不具有证据能力。

由于资料的局限性,我们只能对美、日、德、三国的一方当事人监听制度加以考察,从上面的分析可以看出:美国就一方当事人监听所创立的法律制度对日本产生了较大影响,后者对一方当事人监听的立法规定显然是沿袭和承继前者的结果。而德国对一方当事人监听的处置则完全不同与美国和日本,其制度生成表现出强烈的原创性和本土性。就其利弊而言,美、日将一方当事人监听视为“任意侦查”,不受监听法之规制,运用时也无须接受司法审查,表现出较大的灵活性与机变性,这有利于打击犯罪但也容易侵犯另一方当事人的隐私,还可能会导致监听法被规避。至于德国的规定则显得过于僵硬,刚性太强,虽然有利于保护当事人的人性尊严及个人人格之自由发展,但容易束缚侦查机关手脚,导致侦查效率低下。而事实上,在有些情况下,作为通讯一方当事人的犯罪嫌疑人自己早已放弃了合理隐私期待,在此情况下法律还要求保障所谓隐私,不仅毫无必要,也显得滑稽可笑。对此,我国台湾地区有学者认为:对于以电话作为实施犯罪的工具,例如,恐吓取财或掳人勒赎案件,显然犯罪嫌疑人对谈话内容缺乏

合理隐私期待,所以该监听非《通讯保障与监察法》所规范的监听行为,其是基于侦查的必要而对其监听或进行录音,是合于任意侦查,其所取得的证据具有证据能力^[3](第21页)。笔者对陈运财先生的观点深表赞同。另外,基于克服美、日一方当事人监听制度缺陷之需要,笔者认为,若只是以电话作为一般联络工具时,则通讯双方对其会话内容都有隐私期待,侦查机关在实施一方当事人的监听前,仍应先申请监听许可证,所获之资料也才具有证据能力。

三、结 论

在对非法监听的定义及其表现形态,非法监听与证据排除之间的关系进行分析后,笔者得出以下结论供立法机构参考。

1.违反法定程序的监听与他案监听系两种典型的非法监听行为,为维持司法廉洁及抑制非法监听行为的发生,其所获资料应予排除,不具有证据能力。

2.附带监听在程序上存在重大瑕疵,处于合法与非法之间的“灰色地带”,从本质上看,仍可将其归入非法监听之范畴,其所获资料原则上不具有证据能力。但基于打击犯罪之现实迫切需要,正当程序应该适度让位于犯罪控制。从价值权衡出发,在附带监听的四种情形中,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与不同对象的可监听罪名的附带监听,其所获资料具有证据能力,而不同对象的不可监听罪名的附带监听,其所获资料不应该具备证据能力。

3.一方当事人监听与附带监听一样在程序上也存在瑕疵,美、日将一方当事人监听视为任意侦查的做法存在重大缺陷,而德国的做法则走向了另一个极端,同样不可取。笔者认为,通讯的双方对其谈话都有合理的隐私期待,除非是利用电话作为犯罪工具或明知对方会将该对话泄露出去而仍与之对话,此类的谈话不具有合理的隐私期待,对其监听也不需要取得许可证,所获之资料具有证据能力,若非上述情形,侦查机关若要实施一方当事人监听以取得犯罪证据,则其先要取得监听许可证,否则仍属非法监听,以防止侦查机关规避法定程序的审核。

[参 考 文 献]

- [1] 宋英辉:《日本刑事诉讼法》,北京:中国政法大学出版社2000年版。
- [2] 张丽卿:《刑事诉讼制度与刑事证据》,台北:元照出版公司2000年版。
- [3] 陈运财:《监听之性质及其法律规范》,载《东海法学研究》1998年第13期。

(责任编辑 车 英)

Illegal Monitoring & Evidence Exclusion

Deng Lijun

(Guangdong University of Business Studies, Guangzhou 510320, Guangdong, China)

Abstract: Looking from the perspective of procedural justice, illegal monitoring mainly includes illegal monitoring violating legal procedures, monitoring as to the other case, accessory monitoring, etc. Among them, illegal monitoring violating legal procedures and monitoring as to the case are two typical types of illegal monitoring, and information obtained by them should be excluded, and can not be admitted. there are also flaws in accessory monitoring, and illegal monitoring by one party, the information obtained by them can be admitted or not depends on different situations.

Key words: secret monitoring; illegal monitoring; illegal evidence exclusion