

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2020.12.004

欢迎按以下格式引用:刘小庆.从“权力监督”到“权利制约”:大数据侦查法律规制的理性之维[J].重庆大学学报(社会科学版),2022(2):220-231. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx..2020.12.004.



Citation Format: LIU Xiaoqing. From “power supervision” to “right restriction”: Legal regulation of big data investigation [J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2022(2):220-231. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2020.12.004.

从“权力监督”到“权利制约”： 大数据侦查法律规制的理性之维

刘小庆

(重庆大学 法学院,重庆 400044)

摘要:大数据国家战略的实施推动了现代信息技术与传统侦查手段的资源整合,促成了大数据侦查模式的诞生。由此,我国社会治理模式由被动侦查到能动预防转变,案侦模式从“由供到证”到“由证到供”逐渐转变,工作模式也由“人员密集型”向“技术密集型”转变,传统侦查在信息化浪潮中实现了脱胎换骨式的巨变。然而,通过法社会学与语言学理论分析揭示出,大数据侦查下的真实面纱乃是“规训与惩罚”的权力逻辑,这使得侦查权力主体容易受到压力型考核指标以及个人升迁等非理性因素的制约,而权力本身的“弥散性”特征又使得大数据侦查更具欺骗性,公民个人信息权利不可避免地会遭受侵犯。令人遗憾的是,我国立法对于大数据侦查目前尚未作出明确规定,实践中主要依靠公安机关自我监督;同时,《宪法》明确了人民检察院国家法律监督机关的地位,由此,大数据侦查形成了以公安机关内部“层级监督”为主,外部“检察监督”为辅的二维控权模式。然而,此种制度安排的缺陷在于:一方面,公安机关“既是运动员又是裁判员”,难以保证该措施适用的正当性和必要性,而层级监督模式的固有缺陷也导致监督信息传导不畅,并影响了监督效果。另一方面,传统“书面式”检察监督无法有效识别违法收集的个人信息,检察监督强制制裁手段的缺乏也会削弱监督效果,而检察机关侦查权的部分行使导致检察监督易受公安反制;所以,意图单独通过检察监督来约束大数据侦查权不能给予过高期待。虽然,域外由法官批准强制措施的“司法令状”模式深受国内学者推崇,但公安机关所具有的较高的政治地位也使得此种模式在我国不具有可行性。有鉴于此,在“以审判为中心”的司法命题下,打出“立法与司法”的组合拳、确保个人信息权得到全面保障,成为勒住大数据侦查这匹脱缰野马的最好缰绳,具体而言,刑事程序立法工作应当及时跟进,给个人信息权以正名,并在此基础上充分保障嫌疑人的个人信息知情权、被告人的个人信息辩护权,以及个人信息受害方的救济权。

关键词:个人信息权;大数据侦查;层级监督;检察监督;权利制约权力

中图分类号:D918

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2022)02-0220-12

伴随信息爆炸,“海量数据的出现和硬件计算能力的提升,催生了第三次人工智能的发展热潮,大数据时代来临”^[1]。大数据以“数据类型、状态、属性及变化形式和变化规律为研究内容”^[2],集海量数据采集、储存、共享、分析与决策等一系列专业化数据处理过程为一体,“可以整合分散于网络的各种零星信息,并利用数据挖掘技术深入研究网络中各要素之间的关系”^[3],实现需求信息的整合与导出。大数据技术所衍生的情报价值为刑事侦查领域的发展带来了新机遇,促成了大数据侦查模式的诞生。作为一种新型侦查手段,大数据侦查的出现必有其客观现实需要,但科学技术的应用向来是一把双刃剑,热衷于新技术所带来的科技盛宴时,还应当冷静思考其背后可能潜藏的不确定性。基于上述疑问,本文从大数据侦查诞生的背景出发,通过揭示大数据侦查的本质来透视其风险,并分析大数据侦查现行的规制手段及其效果,最后提出规制大数据侦查的理性维度。

一、大数据国家战略:侦查工作迎来的新机遇

在我国,大数据发展规划首见于《2014年政府工作报告》中对新兴产业创新创业平台的谋篇布局^①,并于2015年中国共产党第十八届五中全会时被确定为“国家战略”^②。2017年12月,中共中央政治局就实施国家大数据战略进行的第二次集体学习中,习近平总书记强调:“要推动实施国家大数据战略,加快建设数字中国。”^[4]至此,“大数据国家战略”成为引领中国创新发展的重要指针,并深刻影响了社会发展的各个方面,尤其在网络通信、物流管理、广告传媒等领域展现出勃勃生机。大数据由于其强大的“描述功能和预测功能因而具有重要情报价值”^[5],深受公安机关青睐,并为传统侦查模式的转型升级带来了新机遇,大数据侦查模式随之诞生。

大数据侦查,是指运用计算机技术对存储于计算机系统和分布于网络的海量数据资源进行一系列专业化处理以便挖掘犯罪线索、搜集证据、锁定嫌疑人的技术与模式^[6]。可以说,大数据侦查的出现是传统侦查在信息化浪潮中一次脱胎换骨式的巨变。第一,社会治理由“被动侦查”向“能动预防”转变^③。根据新《刑事诉讼法》第112条规定,侦查启动离不开“立案”这一前置性程序的约束,而立案的条件为“有犯罪事实需要追究刑事责任”。因此,传统犯罪侦查模式是“被动回应型”,即侦查程序的启动完全依赖于刑事案件的发生。该模式的优点在于避免刑事侦查启动权的滥用,维护程序的安定性,但缺点在于对犯罪行为的预防不足、预警滞后。大数据侦查的出现在一定程度上回应了上述弊病。公安机关借助大数据技术通过科学建模、深度挖掘、集中清洗、碰撞比对等技术环节,“能从匿名化、模糊化数据中挖掘出用户的真实身份”^[7],迅速实现“预警信息发布”“犯罪地图编制”,从而提升社会治安综合治理水平。如重庆警方通过与重庆市通信管理局联合建成“电信网省际出入口诈骗电话防范系统”,以及与支付宝公司等企业升级“警企合作模式”等举措,2019年共预警高危受害人12万余名,避免损失约15亿元^[8];北京、上海、杭州等地公安机关主动公开部分城区的治安地图、反扒地图、盗窃密度地图,为市民提供信息查询^[9]。可见,大数据侦查充分调动了公安机关的主观能动性,主动作为、积极履职的侦查新格局逐渐形成。

①参见:《2014年政府工作报告》(http://www.china.com.cn/lianghui/news/2018-02/27/content_50484715.shtml,访问时间:2019年10月20日)。

②参见:《中共十八届五中全会公报》(http://www.caixin.com/2015-10-29/100867990_all.html,访问时间:2019年11月20日)。

③有关犯罪预测模型的介绍参见:胡铭、严敏姬《大数据视野下犯罪预测的机遇、风险与规制——以英美德“预测警务”为例》(《西南民族大学学报(人文社会科学版)》,2021年第12期第84-91页)。

第二,案侦模式从“由供到证”到“由证到供”逐渐转变。由于我国刑事诉讼尚未确立“沉默权”制度,且各版《刑事诉讼法》一直要求犯罪嫌疑人对侦查人员的提问负有如实回答的义务,这导致传统案侦模式下口供一直在刑事证据体系中占有特殊地位与较大比重。侦查实践中多数案件以犯罪嫌疑人的口供为出发点,并通过其口供的取得从而实现全案的侦破,口供的特殊地位与线索价值使其成为侦查工作的中心。但换个视角来冷静观察即可发现过分依赖口供所带来的弊病,诸如金哲红案、聂树斌案、陈满案等冤错案件便是最好的佐证。在口供证据之王地位尚未发生根本性改变的前提下,大数据技术在侦查程序中的引入一定程度上降低了办案人员对口供的单一依赖,使其能将一定的精力投入到数据等客观证据中,进而推动侦查手段的创新与证据比重的调整。这一方面使得犯罪嫌疑人的人权境遇得到持续提高,有利于实现司法文明;另一方面能够提升公诉质量,推动证据裁判原则得到落实。可以说,“由证到供”的科学案侦模式正在逐渐形成。

第三,工作模式由“人员密集型”向“技术密集型”转变。传统案件查办是一种回溯型的逆向推导过程,通过案件线索的不断掌握与串并联,进而锁定犯罪嫌疑人。由于线索掌握越充分越能作出正确的决定,为了实现对嫌疑人的准确刻画,侦查人员需要实施人海战术,“跑断腿、说破嘴”是对办案过程的生动写照。即便是指纹比对、视频图像分析等技术性工作以及警情联动、案情研判等战术性环节也都离不开大量警力、精力的持续供给,侦查效率相对低下^④。大数据技术的引入不仅实现了公安机关内部信息资源的优化整合、内部情报系统的改进完善,同时还可承接传统侦查模式中大量重复性、机械性的工作。如此,公安机关可将有限的警力资源向专技岗位、大数据情报岗位倾斜,从而实现人员高效利用与资源合理配置;公安机关内部组织架构也得到进一步优化。

综上,大数据的技术特性与社会发展对科技的迫切需求相得益彰,由此催生了大数据侦查这一全新的侦查模式。但我们还是应当透过技术的表征深入剖析其本质,并权衡其潜在风险,避免成为科技负效应的牺牲品。

二、大数据侦查“权力”本质的显现:隐喻论下的深层解读

法社会学通过研究法律现象为我们理解法律提供一个全新视角^[10];语言学则可以通过对特定词句或语言现象的分析,加强我们对相关术语的深刻把握。“大数据侦查”作为一种新兴的侦查手段,既属于静态的法律术语,也属于动态的法律现象,可以借助多学科理论视角进行科学诠释。

(一) 大数据侦查本质的隐喻导出

18世纪后期,边沁提出了一种被称为“环视房”的模范监狱^[11];他的继任者米歇尔·福柯依据该构想提出了“全景敞视主义”机制,并指出该机制的真实目的是为了实现对个人的“规训与惩罚”^{[12]224}。在《规训与惩罚》一书中,他进一步指出,行使“规训职能”最重要的部分由警察机关所接管^{[12]238}。对此,他解释道:“巴黎市广泛分布着48个警察局,同时还配置了20名定期付酬的视察员;另外,按日付酬的密探、领取赏钱的告密者也无处不在;这一切构成了一个庞大的社会治理网络,并不停地观察着人们的行为、记录着可疑的行径。”^{[12]240}通过福柯细致观察所提炼的“全景敞视主义”以及对“规训与惩罚”的进一步解释,我们可以发现,前者无非是后者的铺垫,后者更深层次的

^④通过对《中国法律年鉴》大数据侦查建设启动前(2015年6月公安部党委会议的召开以及《公安部关于大力推进基础信息化建设的意见》的审议通过可视为大数据侦查全面启动的标志)的破案率进行整理后可以发现,我国刑事案件破案率在2015年一度跌至31.27%。参见:诸葛平《中国法律年鉴》(中国法律年鉴社,2015年版第1305页)。

意图需要透过前者并加以深刻阐释方能获知。由此,“环视房”与“全景敞视主义”只是“规训与惩罚”的隐喻而已。

“隐喻”,是一种形象化语言形式,指其中一个事物或观念是用另一个事物或观念来表达^[13]¹¹。依据概念隐喻理论,“任何交际行为,包括图片、手势、声音等,均可被分析为隐喻”^[13]¹⁶。虽然,“隐喻”通过“彼物”来理解“此物”的方法赋予“此物”以新意,但“隐喻的意象往往会诱使人们将注意力集中于法律现象的某一方面,忽略事物的其他方面,不利于全面地、整体地把握事物”^[14]。按照隐喻理论,无论是边沁的“环视房”抑或是福柯的“全景敞视主义”理论,其实质均是由于权力差别化导致的信息不对称性,即拥有权力一方能够借助“全景敞视主义”机制实现对个人全方位、可视化、不间断地监视,而个人却无法窥探权力中心的运作模式以及掌权者何时或是否正在对其实施监视。在某种意义上,大数据侦查所具有的“高度技术性”“强大隐蔽性”“深度侵入性”等特征,使得大数据侦查中数据采集、清洗过滤、模型建立等工作只是隐喻而已,其表象背后是一种强大的“规训惩罚权”,即一方面通过技术“宣誓”大数据侦查的强大武力,以“规训”人们的日常行为;另一方面,通过大数据侦查及其后续制裁手段来“惩罚”查证属实的犯罪行为。据此,其权力本质逐渐显现。

(二) 大数据侦查权力的风险透视

大数据侦查是借助大数据技术而创生的新型侦查模式,因而需要在考虑大数据应用特点的基础上,着重关注侦查手段背后的权力逻辑。美国学者杜赞奇指出:“权力是指个人、群体和组织通过各种手段以获取他人服从的能力”^[15]。英国学者迈克尔·曼则进一步将权力分为权威性权力和弥散性权力^[16]¹⁰。大数据侦查则兼具上述两种权力特性,即表面上通过大数据手段的运用对社会风险进行预判、对违法行为进行制裁,但实质上是通过大数据侦查这一表征满足“权力”对整个社会及个人行为进行全面规制,实现福柯所说的“规训与惩罚”。然而,“一切有权力的人都容易走向滥用权力,这是一条千古不变的经验”^[17]。具体而言,大数据侦查权的运用极易侵犯公民隐私权、个人信息权。其一,大数据侦查的权力主体易受非理性因素的制约。曼瑟·奥尔森认为“权力的执行者很少不是在混合动机下行事的”^[18]。也就是说,权力活动虽总体趋向理性,但人性之中的非理性因素却在一定程度或某个特定时段控制着理性,甚至权力活动完全被个人私欲所支配亦有可能。对此,福柯也认为“理性当中仍然有诸多未被驯化的‘疯狂’”^[19]。这些非理性因素可以归纳为两点:一方面,受破案率等压力型指标的考核以及出于职务升迁等个人因素的考虑,办案人员在大数据侦查工作中容易对计算模型的“科学性”、数据运算的“误差率”,以及外部数据的“可靠性”关注不够、把关不严,从而导致数据分析过程极易得出误导性结论;另一方面,互联网兴起所衍生的信息爆炸局面使得人们获取需求信息的难度显著增加,而大数据技术通过对专业问题的解决,能够产生现实的经济效益。由于公安机关对公民个人信息的掌握具有天然优势,这就使得少数意志不坚定之人极易成为部分人员获取公民个人信息的便捷渠道,因经济利益诱惑铤而走险。实务中,警务人员由于违法检索乃至出售个人信息而导致入刑的案例便是最好的证明^⑤。

其二,权力本身的“弥散性”特征使大数据侦查极具欺骗性。弥散性权力以一种更加本能的、无意识的方式分散于社会,并在不知不觉中获得权力对象的默认与理解^[16]¹⁰⁻¹¹。也就是说,与权威性

⑤参见:《侵犯公民个人隐私 这五名警务人员私下帮助朋友查询信息被判刑》(http://www.sohu.com/a/327219437_100036153,访问时间:2019年7月16日)。

权力所高度聚焦的特征相异,弥散性权力不是以一种“强力”示人,其相对抽象、不易被觉察和感知,通常以一种心理强制的方式作用于个体,并在潜移默化中塑造人的思想和看法。实践中,最典型的事例莫过于公民对公安机关天网系统密集分布的合理性所达成的广泛共识。在某种意义上,大数据侦查的弥散性特征使得受到大数据技术监控下的个体对于自己个人信息被公安机关所收集利用的情形表示理解,甚至对公安机关为了维护社会稳定而违规采取监听、定位等方式侵犯公民隐私权的行为也抱以宽容之心。在他们看来,国家代表公民处理特定案件的利益显得如此重要,以至于违法获取个人信息成为一项可接受的正当理由^{[20][224]}。

综上,大数据侦查所具有的权力属性以及便利破案的技术优势极易侵犯公民的基本权利,而“自我管理”的行政化运作模式亦加剧了滥权风险。加之,我国侦查行为的不可诉性,大数据侦查手段的运用极易对普通民众造成难以挽回的后果。可以说,大数据的“技术黑箱”^[21]强化了“侦查密室”效应,形成大数据侦查这一“超级侦查权”。对于权力的危害,习近平总书记曾深刻地指出:“权力是一把双刃剑,在法治轨道上行使可以造福人民,在法律之外行使则必然祸害国家和人民”^[22]。作为大数据侦查的权力机关,“公安机关虽然是国家行政机关,但其参与司法活动并拥有刑事强制手段,具有一定的司法性”^[23],若其滥用侦查权,不仅有损于自身形象,更是对司法公正的挑战。在这个意义上,强化对大数据侦查的监督制约也是司法公正的题中应有之意。

三、“层级监督”与“检察监督”:二维控权模式下的效果剖析

(一) 内部:层级监督徒劳无益

由于公安机关引入大数据技术的目的在于提升社会治安综合治理效能,因而效率成为大数据侦查最重要的价值追求;再加上从中央到地方公安机关均作为同级人民政府的组成部门,本质上属于行政机关。据此,大数据侦查在“科层制”组织架构下自然而然遵循“层级监督”的控权模式,即通过上级的巡视、检查、指导来实现对权力的监督。此种制度安排的缺陷在于:其一,大数据的技术特点助长了公安机关对效率的过分追求,因而严重削弱了层级监督。由于大数据的5个技术特性与侦查效率论,以及“科层制”的权力逻辑高度契合,因而大数据侦查权形成了公安机关打包行使的局面。虽然,《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》(以下简称《电子数据取证规则》)第6条规定,“收集、提取电子数据,应当由二名以上侦查人员进行”,但对于侦查人员提取电子数据的发动要件、事中管控、事后制裁等环节,文件均未设置任何“程序性障碍”,更未规定外部监督的责任主体。公安机关“既是运动员又是裁判员”,难以保证该措施适用的正当性和必要性,制度安排的行政化色彩较为浓厚。诚如美国学者达玛什卡所言:“科层制服从于帕金森定理,并倾向于扩张自己的活动范围。通过严格划分内部和外部领域,它试图垄断程序性措施”^{[20][81]}。因此,《电子数据取证规则》与其说是“法律规则”不如说是“工作指引”,不能对公安机关大数据取证起到规制效果。

其二,层级监督模式的固有缺陷也导致监督信息传导不畅。监督的前提在于对监督对象信息充分、准确、及时的获取。但由于公安机关“科层制”结构下所形成的监督模式是一种“自下而上”的信息获取与“自上而下”命令做出的双向过程。在此过程中,由于层级众多信息传递极易存在不平等和不完整,制约监督效果。这在实践中突出表现为,当下级知晓上级的监督决定时,往往会提前做好迎检工作,并对内部人员进行“临时性培训”,以便顺利通过检查。由于未能动态、及时、全面掌握大数据侦查实施过程中的真实情况,即便侦查人员有“打擦边球”等违法行为,上级领导也难以

时觉察,大数据侦查在实际运行中畅通无阻。如达玛什卡所言:“初级决策者们更加贴近日常生活的杂乱细节……更高级别的官员们所面对的则是经过其下属们包装或裁剪过的事实。”^[20]³⁰

尽管在涉众类、恐怖主义类、职务类犯罪中,大数据侦查权力完全由公安机关一家来整合有助于实现侦查目的,但作为“刑事犯罪主要追诉者”的公安机关天然偏爱有罪证据的收集。尤其是在手握大数据侦查这一强大追诉权时,其权力执行的客观性、公正性、中立性存疑。毫无疑问,“司法职权配置的科学、合理与否,是司法行为能否得以依法、有序实施的前提条件”^[24],而司法职权“分配的公正在于成比例,不公正则在于违反比例”^[25]。显然,大数据侦查权的分配不是符不符合比例的问题,而是根本就没有比例可言。

(二)外部:检察监督收效甚微

其一,检察监督效果不彰。一方面,“书面式”检察监督无法有效识别违法数据。在司法实务中,检察机关的外部监督多集中于审查批捕、审查起诉等规定性节点上的“书面式”监督,且报捕材料、案卷材料均已经过公安机关的提前“过滤”,检察机关难以有效审查数据证据的真实性、合法性;加之,大数据技术的专业性、数据来源渠道的多元化亦加剧了检察监督难度。另一方面,检察监督强制制裁手段的缺乏削弱了监督效果并影响了检察机关的威信。权力监督需以监督对象信息获取为前提,以“监督建议”为核心,以“监督制裁”为结尾;而判断一项监督是否有效,在于信息的获取是否充分准确,建议能否被及时采纳,制裁是否有威慑力^[26]。其中,监督制裁的威慑力是监督建议能否发挥作用的强制性保证。在司法实践中,检察机关多依靠《纠正违法通知书》来监督侦查行为,但立法对侦查机关怠于回复检察机关并纠正违法行为的情况缺乏明确的制裁规定^⑥,由此导致检察机关发出的《纠正违法通知书》往往不受公安机关重视,而检察机关又对此缺乏强制制裁手段,最终影响监督效果。

其二,检察机关侦查权的部分行使导致检察监督易受公安反制。虽然,《刑事诉讼法》第8条明确了人民检察院刑事诉讼法律监督的职责,但第7条却要求三机关应当在分工、配合之外实现互相制约。这样的制度安排会给大数据侦查监督带来什么影响呢?

监督则意味着“单向度”,即地位或权力上应当有差异,具体而言,作为监督者的权力应当足以保障其顺利对监督对象实施监督;权力的制约则意味着“双向度”,即双方权力地位相当,不存在孰强孰弱。从权力控制的效果看,监督显然要强于制约。但由于“侦查中心主义”^⑦的弊病,司法实践中监督通常让位于制约,且双向制约在大数据侦查时代更容易异化为公安机关对检察机关的单向反制,影响检察监督的实际效果。例如,检察机关在案件侦查过程中,对于需要通缉的对象往往需要公安机关协助签发通缉令;对于决定逮捕的对象,其执行需要公安机关配合;对于技术侦查的执行,需要交由公安机关来具体操作。此外,检察机关需要借助公安机关大数据警务平台开展案件侦查、情报分析等工作时,也会受制于公安机关能否配合。因此,检察机关部分案件侦查权的行使以及侦查权能的不完整势必会影响其对大数据侦查开展监督工作,并由此形成公安机关对检察监督

^⑥如《最高人民法院 最高人民检察院 公安部 国家安全部 司法部关于对司法工作人员在诉讼活动中的渎职行为加强法律监督的若干规定(试行)》第13条规定:“人民检察院提出纠正违法意见或者更换办案人建议的,有关机关应当在十五日内作出处理并将处理情况书面回复人民检察院。”但对于监督对象不回复意见并纠正违法行为的情况,不仅该规定没有明确检察机关可否进行制裁,其他司法解释也同样对此问题缺乏相应规定。

^⑦有关“侦查中心主义”介绍参见:陈瑞华《论侦查中心主义》(《政法论坛》,2017年第2期第3-19页)。

的“反制效应”。诚如龙宗智教授所言:“三机关配合制约原则在制约关系上具有不分主次、平分秋色的特点,因而势必抑制后继程序的监督制约效能”^[27]。

对此,域外法治发达国家由法官批准强制措施“司法令状”模式深受国内学者推崇。但基于侦查便利所形成的大数据侦查权统归公安机关的制度安排,所造成的更深层次影响在于权力长期垄断所形成的权力惯性。权力惯性又反过来使公安的政治地位及其话语权逐渐牢固,从各地公安机关负责人多数兼任地方政府副职或政法委副书记可见一斑。所以,以司法令状来规制大数据侦查在目前看来只能是一种愿景,阻力重重。

此外,根据国家“大部制”改革要求,现阶段检察系统整体上已完成“捕诉合一”体制建设。这一轮改革的着眼点显然在于全面精简机构、整合人员以提高办案效率。但也应当注意到,在检察监督效果原本就不理想的前提下,再次以效率论来统领检察工作势必会使监督工作让位于追诉职能,人权保障衰减为次要选项,进而“窄化”司法文明的丰富内涵。诚如某位学者所言:“‘捕诉合一’以强化引导侦查,密切侦诉关系为前提可能导致侦捕合一,从而使批捕丧失中立性,削弱侦查监督”^[28]。因此,意图单独通过检察监督来约束大数据侦查权不能给予过高期待。

四、大数据侦查规制的理性之维:构建“以权利制约权力”的控权体系

大数据时代侦查权控制应当何去何从?2014年中国共产党第十八届四中全会通过了《全面推进依法治国若干重大问题的决定》,文件明确提出了“以审判为中心”的司法命题。为落实文件精神,“两高三部”于2016年联合发布《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》(以下简称《审判中心意见》),文件第17条强调,要健全包括犯罪嫌疑人被告人在内的当事人权利保障制度。据此,保障刑事诉讼中被追诉对象的基本权利成为推进审判中心的重要组成部分。因此,在审判中心的视角下打出“立法与司法”的组合拳,确保个人信息权得到全面保障,已经成为勒住大数据侦查这匹脱缰野马的最好缰绳。

(一)个人信息权刑事程序立法的及时跟进

互联网时代,人们对于公民个人信息衍生的数据成果所蕴含的客观价值逐渐达成共识,这在刑事诉讼中突出表现为公安机关动用大数据侦查手段对公民个人信息进行过度收集,由此导致“传统社会迅速向透明化社会过渡,并侵害个人隐私权”^[29]。关于个人信息与个人隐私的关系,张新宝教授认为“个人隐私又称私人生活秘密或私生活秘密,是指私人生活安宁不受他人非法干扰,私人信息保密不受他人非法搜集、刺探和公开”^[30]。也就是说,个人信息中较为私密部分属于隐私,而个人尚未采取保密方式并自愿向多数人所公开的个人信息就只属于个人信息范畴。显然,二者之间呈现一种包含与被包含的关系,即所有个人隐私均属于个人信息;而个人数据则是指运用技术对个人信息进行“数据化”,以便于分析和计算,二者是“内容与物化表现形式的关系”^[31],并无本质差异。辨析个人数据、个人信息以及个人隐私相互之间的关系,一方面有助于我们清醒地认识大数据侦查的实际危害,即它将原本不属于个人隐私范畴的个人信息通过深度挖掘、大规模分析比对后可产生信息“聚合效应”^[32],不仅能全面刻画个人,还能对个人行为作出预测;另一方面也能为大数据时代个人权利的立法保护找准着力点。

虽然,《宪法》仅明示了公民的人格尊严以及通信自由与通信秘密权,但一些部门法已经意识到公民个人信息的“权利”意涵,如《网络安全法》对个人信息保护提出具体要求,《刑法》亦对侵犯公

民个人信息的行为作出刑罚制裁,《民法典》也对自然人的个人信息进行私法保护。显然,将公民个人信息权纳入《刑事诉讼法》的时机已经成熟。对此,需要首先将大数据侦查与其他大数据警务行为相剥离,在此基础上针对大数据侦查进行专门的规制,以保障公民个人信息权利。具体而言,一方面,考虑到公安机关肩负治安维稳职能,对其运用大数据技术针对不特定多数人开展的数据挖掘与分析研判,从而进行高危预警信息发布与犯罪地图编制等工作,本质上不属于“侦查”,可归入大数据治安范畴,不必纳入《刑事诉讼法》。另一方面,针对大数据侦查行为应当完善公民刑事诉讼权利保障体系。首先,应当明确将公民个人信息权写入《刑事诉讼法》,以便为制衡大数据侦查设置参考坐标;其次,考虑到大数据技术对公民个人隐私容易造成深度侵害,公安机关利用大数据警务平台对特定公民开展的数据采集分析等工作,以及共享外部平台数据的行为均应当纳入强制性侦查范畴,并在大数据侦查的启动要件、审批权限、运用范围、权力监督、证明方式、证明标准、证据认证、权利人救济等方面进行系统设计。

(二) 嫌疑人个人信息知情权的切实维护

刑事诉讼中公民个人信息权利的保障不是空洞的字眼,更应当对其进行细化以便于操作。考虑到大数据侦查具有高度技术性、秘密性、深度侵入性等特征,作为刑事诉讼与公民信息保有主体的被追诉者如果不能及时获知自己个人信息受到侵害的事实,将难以对抗强大的侦查机关。由此个人信息知情权成为个人信息保障的权利起点。

刑事诉讼中,个人信息知情权是指公民对个人信息受到公安司法机关专门收集以及进行二次加工的事实拥有知晓的权利,且相关义务机关负有以恰当方式告知相对人的义务。“知情权”作为一种权利应用最广泛的领域莫过于民事交易中,此后逐渐扩展到政府信息公开等行政公法领域,尤其“以保障知情权为主导的开放型”^[33]政府信息管理模式受到越来越多人的认同。显然,作为政府组成部门的公安机关本质上属于行政机关,理应囊括在信息公开以及公民知情权保障的义务主体范围。对此,《审判中心意见》第17条明确提出要加强人权司法保障,特别要求强化诉讼过程中当事人“知情权”的制度保障。显然,在审判中心主义的框架下,被追诉人获知其个人信息受到公权力机关合理使用的权利已经获得官方文件的认可。侦查相对人信息知情权构建的积极意义在于:一方面,公民可以及时掌握个人信息被收集的范围、使用的程度以及可能对自己造成的损害,并据此采取相应的权利保障举措;另一方面,针对个人信息被大数据技术加工后所得出的结论,公民也可以对此提出异议并要求更正或删除,以便维护自己的合法权益。正如有学者所言:“个人有权知悉其信息被司法机关收集的目的及用途,有权查询、修改、更正不准确、不客观或过时的数据信息”^[6]。对此,新《刑事诉讼法》第122条赋予犯罪嫌疑人对讯问笔录提出更正的权利,同法第52条为了保证证据的真实性也要求公安机关务必客观、全面收集证据。显然,立法能够释放出个人信息数据“异议权”的解释空间,大数据侦查所获数据作为一类法定证据理应遵从上述要求。当然,没有知情权也就不可能存在“异议权”一说,前者无疑是后者的前提与关键。

就刑事诉讼中个人信息知情权的构建而言,可以分两个方面:一方面,针对大数据侦查案件,由于犯罪嫌疑人与侦查人员力量对比悬殊,外界对于侦查机关是否保障其“知情权”难以进行有效监督,如此可考虑由检察机关在审查批捕阶段对侦查机关是否保障了嫌疑人的上述权利进行监督,尤其是在检察机关提前介入引导侦查的案件中,其监督职能的发挥更为便利;另一方面,案件审查起诉后可通过律师阅卷权的行使来保障被追诉一方的个人信息知情权,不过,检察机关有义务保障案

卷材料如实记录大数据侦查的使用情况。此外,检察机关基于“客观公正义务”^⑧也应将大数据侦查的使用情况向阅卷律师进行“释明”。当然,被追诉人个人信息知情权的保障可先期通过公布司法解释的方式进行试点,待时机成熟时再由《刑事诉讼法》为其正名。

(三)被告人个人信息辩护权的全面保障

辩护权对于保障犯罪嫌疑人被告人的诉讼权利,促进诉讼文明、保障司法公正意义非凡。众所周知,侦查机关能够极为便利地利用国家资源与社会资源调取证据以推进案件查办,而犯罪嫌疑人被告人及其辩护人的辩护资源难以与之相抗衡,客观上造成了控辩力量严重不平等。尤其是大数据时代,公安机关在大数据技术的武装下其侦查权力更加强大,极易形成“新侦查中心主义”或“技术侦查中心主义”^⑨。因此,需要在审判中心的框架内全面保障被告人个人信息辩护权。

其一,保障辩护人侦查阶段信息数据取证权。新《刑事诉讼法》第54条明确要求,有关单位和个人对于公安机关收集、调取证据的行为负有配合义务。考虑到公安机关作为社会治安综合治理牵头单位,其数据收集行为一般不会遇到不配合的情况,尤其是公安机关网络在线提取电子数据的行为,外界更加难以对其进行监督。目前,专门规制公安机关个人信息数据的文件《电子数据取证规则》也仅仅是公安部自己制定并发布的规范性文件,并非“司法解释”,且该文件第1条已经明确指出其目的在于“确保电子数据取证质量,提高电子数据取证效率”,并未出现“合法性”字眼,在此情况下,大数据侦查权极具弹性和张力。反观辩护权,却很不乐观。虽然,2012年《律师办理电子数据证据业务操作指引》第7条已经对律师提取电子数据证据提供了指引,但该文件并非具有法律效力的司法解释,只是行业协会的指导性规范,对第三方缺乏约束力,律师的取证工作能否顺利完全取决于第三方是否配合。所以,当辩护律师需要某项关键数据证据却又调取不能时,“应当允许其向检察院或法院提出书面申请,并在符合法定事由的情况下,由前述机关签发令状,强制要求数据占有方提供涉案数据”^[34],以此尽量缩小控辩双方在数据证据取证方面的鸿沟。

其二,保障辩方审判阶段个人数据证据质证权。质证具有查清案件事实,保障被告人诉讼权利的双重价值,其要求证人应当出庭指证被告,以便双方查清证据中的不实之处^[35]。庭审中,被告人个人信息证据的辩护权最核心的部分在于质证权能否得到切实保障。考虑到认罪认罚制度与刑事速裁程序的适用率在实务中呈现逐渐攀升的趋势,需要进行实质化庭审的案件多半存在事实或证据争议,加之大数据侦查所提取或计算得出的数据证据的专业性与复杂性非其他证据所能比拟。因此,此类证据的质证工作尤为关键。具体而言,一方面,针对侦查人员使用大数据开展侦查的情况,人民法院应当要求相关侦查人员出庭作情况说明并接受双方质证;另一方面,考虑到大数据侦查的高技术性以及专家辅助人地位已经获得了新《刑事诉讼法》第197条的认可。因此,为推进庭审的深入质证以及审判程序的顺利推进,人民法院应当充分保障被告方聘请专家辅助人的诉讼权利。此外,由于个人信息数据与隐私权密切相关,若当庭公布并质证可能会导致个人隐私的泄露,对此可考虑在庭前会议阶段对上述证据的私密程度进行分级并对争议点进行整理,待庭审质证时,略过相关细节,直接针对争议点展开质证。

^⑧有关检察官“客观公正义务”的具体内容可参见:孙长永《检察官客观义务与中国刑事诉讼制度改革》(《人民检察》,2007年第17期第5-10页)。

^⑨此处的“技术侦查中心主义”不是指《刑事诉讼法》中规定的技术侦查措施,而是指借助大数据、人工智能等为代表的高新技术所导致的侦查权膨胀。

(四) 个人信息受害方救济权的进一步明确

作为刑事诉讼的当事人,犯罪嫌疑人被告人享有法律所规定的诉讼权利。然而,个人权利的实现不仅取决于国家的保障,还受“社会的政治、经济、文化等诸多因素的影响”^[36],尤其是转型期社会中立法的完备与否、执法者个人素养的高低均直接影响个人权利的实现。法谚有“无救济则无权利”,因此,权利的保障需要以救济作为底线。对此,《审判中心意见》第17条强调,要健全犯罪嫌疑人被告人的权利保障制度,依法保障其申诉权。追溯申诉权的起源后发现,《宪法》第41条规定:“公民对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为,有权向有关国家机关提出申诉。”由此,便产生了申诉权是“监督权”还是“救济权”的疑问。通过梳理新《刑事诉讼法》第117条关于申诉的具体情形^⑩后可以发现,申诉权的启动主要是因为公权力机关做出不利于公民的决定后,受其决定影响的个人所采取的救济行为。因此,申诉权应当属于救济权而非监督权,也就是说,公民对于其个人信息权利受到不法侵害的事实,有权借助申诉在内的一系列救济手段寻求国家救济。

一方面,通过检察监督信息化建设回应信息受害方的救济诉求。德沃金指出:“如果政府不给予法律获得尊重的权利,它就不能够重建人们对于法律的尊重”^[37]。显然,德沃金强调的是国家应当保障法律内容得到切实贯彻,以便树立法律的威信。《宪法》第134条明确了人民检察院国家法律监督机关的地位。因此,当公民获知个人信息数据被侦查机关不当利用或泄露时,理应及时向检察机关寻求救济。对此,检察机关应当充分把握检察信息化建设的契机,积极利用大数据技术创新监督方式。具体而言,检察机关可在现有“智慧检务”平台的基础上,拓展并架构信息化检察监督模块,通过可视化流程的方式对公民个人信息受侵害的申诉进行在线受理、线下办理、线上反馈,落实宪法赋予的监督职责,提高法律的威信。当然,随着司法文明程度的提升以及大数据侦查法治化进程的推进,待时机成熟时可以考虑将检察监督信息化平台接入公安机关办案系统中,以便通过随机性的线上巡检增强检察监督效能。另一方面,推动公民个人信息权写入《国家赔偿法》。《国家赔偿法》早已明确公民对侦查过程中就个人权利受到不法侵害的情形有权获得国家赔偿,但遗憾在于该法将国家赔偿的范围严格限制于“错拘”“错捕”“错判”等严重侵犯公民人身自由的职权行为,而对于公民隐私权、个人信息权受到侵害的情况尚未进行明确规定,这导致实践中个人隐私信息受到严重侵害的公民难以获得国家赔偿^⑪。鉴于《国家赔偿法》出台时并未对大数据的出现作出预判,更不可能对其技术风险有清晰的把握,因此,可在适当时机将公安机关在大数据侦查过程中侵犯公民“个人信息权”的情形纳入国家赔偿范畴。这一举措的积极意义在于可以通过国家赔偿的执行来“确认公权力行为的违法,并起到预防将来违法行为的作用”^[38]。

参考文献:

- [1] 邱赐云,李礼,张欢,等.大数据时代:从冯·诺依曼到计算存储融合[J].计算机科学,2018(S2):71-75.
- [2] 潘平.大数据研究中的理性思维及其形成[J].贵州社会科学,2017(7):40-44.
- [3] 冯贵兰,李正楠,周文刚.大数据分析技术在网络领域中的研究综述[J].计算机科学,2019(6):1-20.

^⑩《刑事诉讼法》第117条所列出的申诉情形包括:(一)采取强制措施法定期限届满,不予以释放、解除或者变更的;(二)应当退还取保候审保证金不退还的;(三)对与案件无关的财物采取查封、扣押、冻结措施的;(四)应当解除查封、扣押、冻结不解除的;(五)贪污、挪用、私分、调换、违反规定使用查封、扣押、冻结的财物的。

^⑪实践中曾发生过强奸案被害人的询问笔录遭办案人员泄露而被贴遍全城的事件。参见《强奸案询问笔录无端贴遍县城 女受害人失控数度自杀》(<http://news.sina.com.cn/c/2010-05-21/075617543715s.shtml>,访问时间:2019年10月20日)。

- [4] 中国共产党新闻网. 习近平:实施国家大数据战略加快建设数字中国[EB/OL]. (2017-12-09) [2019-10-12]. <http://cpc.people.com.cn/n1/2017/1209/c64094-29696290.html>.
- [5] 彭加辉. 数据:大数据环境下情报学的研究对象[J]. 情报学报, 2017(2):123-131.
- [6] 程雷. 大数据侦查的法律控制[J]. 中国社会科学, 2018(11):156-180, 206-207.
- [7] 刘迎霜. 大数据时代个人信息保护再思考:以大数据产业发展之公共福利为视角[J]. 社会科学, 2019(3):100-109.
- [8] 人民网. 重庆警方2019年破获电信网络诈骗案逾3万起[EB/OL]. (2020-01-16) [2020-03-19]. https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_2857197.
- [9] 单勇. 犯罪地图的公开[J]. 国家检察官学院学报, 2016(3):112-124, 175.
- [10] 唐·布莱克. 社会学视野中的司法[M]. 郭星华, 译. 北京:法律出版社, 2002:108.
- [11] 边沁. 政府片论[M]. 沈叔平, 译. 北京:商务印书馆, 1995:12.
- [12] 米歇尔·福柯. 规训与惩罚:监狱的诞生[M]. 刘北成, 杨远婴, 译. 北京:生活·读书·新知三联书店, 1999.
- [13] RITCHIE D. Metaphor[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- [14] 刘风景. 法律隐喻学[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2016:13.
- [15] 杜赞奇. 文化、权力与国家[M]. 王福明, 译. 南京:江苏人民出版社, 1996:4.
- [16] 迈克尔·曼. 社会权力的来源(第1卷)[M]. 刘北成, 李少军, 译. 上海:上海人民出版社, 2007.
- [17] 孟德斯鸠. 论法的精神(上册)[M]. 张雁深, 译. 北京:商务印书馆, 1961:154.
- [18] 曼瑟·奥尔森. 权力与繁荣[M]. 苏长和, 嵇飞, 译. 上海:上海人民出版社, 2005:2.
- [19] 栗峥. 现代社会中的权力规训:福柯法律思想的关键词展开[J]. 社会科学战线, 2011(3):189-199.
- [20] 米尔伊安·R. 达玛什卡. 国家和司法权力的多种面孔:比较视野中的法律程序[M]. 郑戈, 译. 北京:中国政法大学出版社, 2004.
- [21] 胡朝阳. 大数据背景下个人信息处理行为的法律规制:以个人信息处理行为的双重外部性为分析视角[J]. 重庆大学学报(社会科学版), 2020(1):131-145.
- [22] 中共中央宣传部. 习近平总书记系列重要讲话读本[M]. 北京:学习出版社, 2016:117.
- [23] 陈群. 中国司法制度[M]. 武汉:武汉大学出版社, 2016:133.
- [24] 卞建林. 中国司法制度基础理论研究[M]. 北京:中国人民公安大学出版社, 2013:78-79.
- [25] 亚里士多德. 尼各马可伦理学[M]. 廖申白, 译. 北京:商务印书馆, 2017:149.
- [26] 杜力夫. 权力监督与制约研究[M]. 长春:吉林人民出版社, 2004:203.
- [27] 龙宗智. 相对合理主义[M]. 北京:中国政法大学出版社, 1999:213.
- [28] 谢小剑. 检察机关“捕诉合一”改革质疑[J]. 东方法学, 2018(6):102-109.
- [29] 齐爱民. 美国信息隐私立法透析[J]. 时代法学, 2005(2):109-115.
- [30] 张新宝. 从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排[J]. 中国法学, 2015(3):38-59.
- [31] 齐爱民. 个人资料保护法原理及其跨国流通法律问题研究[M]. 武汉:武汉大学出版社, 2004:4.
- [32] 韩旭至. 个人信息概念的法教义学分析:以《网络安全法》第76条第5款为中心[J]. 重庆大学学报(社会科学版), 2018(2):154-165.
- [33] 罗勇. 大数据背景下政府信息公开制度的中日比较:以“知情权”为视角[J]. 重庆大学学报(社会科学版), 2017(1):86-93.
- [34] 裴炜. 个人信息大数据与刑事正当程序的冲突及其调和[J]. 法学研究, 2018(2):42-61.
- [35] 陈永生. 论辩护方当庭质证的权利[J]. 法商研究, 2005(5):89-96.
- [36] 程燎原, 王人博. 权利及其救济[M]. 2版. 济南:山东人民出版社, 1998:349.
- [37] 罗纳德·德沃金. 认真对待权利[M]. 信春鹰, 吴玉章, 译. 北京:中国大百科全书出版社, 1998:270.
- [38] 松尾浩也. 日本刑事诉讼法[M]. 丁相顺, 译. 北京:中国人民大学出版社, 2005:142.

From “power supervision” to “right restriction”: The rational dimension of legal regulation of big data investigation

LIU Xiaoqing

(*School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China*)

Abstract: The implementation of the national strategy of big data promotes the resource integration of modern information technology and traditional investigation means, and promotes the birth of big data investigation mode. As a result, China's social governance mode has changed from passive investigation to active prevention, the case investigation mode has gradually changed from “from confession to evidence” to “from evidence to confession”, and the working mode has also changed from “personnel intensive” to “technology intensive”. The traditional investigation has achieved great changes in the wave of informatization. However, the theoretical analysis of legal sociology and linguistics reveals that the real veil under big data investigation is the power logic of “discipline and punishment”, which makes the subject of investigation power vulnerable to irrational factors such as pressure assessment indicators and personal promotion, and the “dispersion” characteristics of power itself make big data investigation more deceptive. Citizens' personal information rights will inevitably be violated. Unfortunately, China's legislation has not yet made clear provisions on big data investigation, which mainly depends on the self-supervision of public security organs in practice. At the same time, the Constitution defines the status of the people's procuratorate as the national legal supervision organ. Therefore, the big data investigation has formed a two-dimensional power control mode dominated by the internal “hierarchical supervision” of the public security organ and supplemented by the external “procuratorial supervision”. However, the defects of this institutional arrangement lie in: on the one hand, the public security organ is “both an athlete and a referee”, which is difficult to ensure the legitimacy and necessity of the application of this measure, and the inherent defects of the hierarchical supervision mode also lead to the poor transmission of supervision information and affect the supervision effect. On the other hand, the traditional “written” procuratorial supervision can not effectively identify the illegally collected personal data information, the lack of coercive sanctions will also weaken the effect of supervision, and the partial exercise of the procuratorial organ's investigation power makes procuratorial supervision vulnerable to public security counteraction. Therefore, the intention to restrict the power of big data investigation through procuratorial supervision alone cannot be given too high expectations. Although the “judicial writ” mode of extraterritorial coercive measures approved by judges is highly praised by domestic scholars, the high political status of public security organs also makes this mode not feasible in China. In view of this, under the judicial proposition of “trial centered”, playing the combined fist of “legislation and justice” and ensuring the comprehensive protection of the right to personal information have become the best rein in the runaway horse of big data investigation. Specifically, the legislative work of criminal procedure should be followed up in time to correct the right to personal information, and on this basis, fully protect the suspect's right to know personal information, the defendant's right to defend personal information and the relief right of the injured party of personal information.

Key words: personal information right; big data investigation; hierarchical supervision; procuratorial supervision; rights restricting power