

论大数据侦查与人权保障规范体系重构^{〔*〕}

刘志强

(广州大学 人权研究院, 广东 广州 510006)

〔摘要〕大数据侦查极大地提高了侦办案件效率,但同时也带来了人权保障的异化。解决这一问题,需要正确处理三种类型人权保障的关系,并重构大数据侦查“三位一体”人权保障规范体系。大数据侦查在妥善安排目的意义人权保障的非法性同时,需要进一步提升实体意义人权保障的位阶,在坚守程序意义人权保障的价值基础上,则需要厘定人权保障规范体系架构、设立基石与标准,加强双层功能规范以规制目的意义人权保障,才能重构大数据侦查“三位一体”人权保障规范体系。与此同时,对三种人权保障类型进行功能分化,使大数据侦查的目的意义人权保障非法性,受到实体正义人权保障和程序正义人权保障双层功能规范制约,而实体正义人权保障的提升和程序正义人权保障的坚守,既是实现大数据侦查目的意义人权保障的途径与基础,也是维护大数据侦查的实体正义、程序合法的规范本身。

〔关键词〕大数据侦查;目的意义;实体意义;程序意义;人权保障

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2021.08.017

一、问题的提出

(一)问题导向

目前法学界特别是犯罪侦查学,对大数据侦查研究已呈现“显学”态势。与传统侦查相比,大数据侦查在侦查方法上的“新”主要表现为案件分析手段和侦查能力上。大数据侦查,不仅改变了传统的侦查理念和思路,而且更容易找出犯罪作案规律,大数据在查控重点人员和收集情报方面同样能够发挥出特有优势。大数据侦查以

侦查为中心取证,对取证方式和范围并没有有效的、系统性的规制,即使大数据侦查更容易发现被追诉人,更容易取证,有利于惩罚犯罪,但一切案件事实都还需要以庭审质证为准。大数据侦查的海量证据,能否通过以审判为中心的庭审“三性”质证是个问题。在刑事诉讼法中,严格意义上的人权保障,是保障被追诉人的合法权利,学界称之为程序优先、实体随后的人权保障模式。本文归纳为三种人权保障类型:目的意义人权保障、实体意义人权保障以及程序意义人权

作者简介:刘志强,广州大学人权研究院教授、博士生导师,广州学者特聘教授。

〔*〕本文系中国人权研究会2020年度部级研究重点课题“新时代中国特色人权话语体系诠释”(CSHRS2020-02ZD)的阶段性成果。

保障。大数据侦查,从技术层面提取海量的信息或资信以达到破案之目的,既涉及目的意义人权保障,更牵涉到实体意义人权保障和程序意义人权保障的实现。前者属于“法外”目的意义人权保障,后者属于“法内”实体与程序意义人权保障。在上述三种人权保障类型中,大数据侦查如何实现既要妥善处理“法外”保护人民的目的意义人权保障,又要在“法内”避免侵害实体意义公民权利,又能遵守程序意义人权保障的价值,不至于使大数据侦查导致人权悖论。因此,重构大数据侦查“三位一体”人权保障规范体系,是本文的问题导向。

(二) 重构人权保障规范体系的必要性

在我国传统的侦查措施中,如搜查、扣押、冻结等都属于一种内部控制方式,在实施一项侦查措施之前,要经过侦查部门负责人的批准,一般情况不会出现问题。在侦查方式更新后,对于数据、技术,原本的负责人如果对这方面的知识比较匮乏,可能难以作出有效而精准的判断,但又不得不作出决定,造成决策不科学不合理的情况时有发生,在这种自我控制的模式下,侦查措施显然不能得到有效的内部控制,需要有外部力量的介入,达到权力的约束与平衡。习近平总书记提出“努力让人民群众在每一个司法案件中都能感受到公平正义”,^[1]这就要求重视立法目的的实现,确保实体正义与程序正义落到每个公民之间,这也是我国全面依法治国理念的本质要求。在目的和实体意义人权保障双重压力下,大数据侦查如果不能坚持程序正义,那么程序意义人权保障就有可能成为法治道路上的牺牲品。应该要看到,大数据侦查也会存在数据庞杂性和司法精确性的矛盾,数据分析可能会出错,算法可能会出现歧视,证据相关性等证明规则可能会出现偏差,如果没有完整的人权保障规范体系,上述情况就会形成一种无法解开的死循环,从而影响法治中国的进程。重构大数据侦查人权保障规范体系,是解决这一循环的方法之一,在目的和实体意义人权保障双重要求下,程序意义人权保

障则要坚定不移地摆在前列,“三位一体”使三者互相牵制、互为掣肘、又相辅相成有其必要。

(三) 学术史分析及问题揭示

学术界关于大数据侦查的研究,主要集中在侦查模式、侦查方法这两个方面,集中体现在大数据侦查本身的价值和存在的问题以及解决对策。展言之,有学者对未来大数据的侦查模式进行了建构,运用大数据承载的信息发现犯罪嫌疑人,利用大数据分析各类数据源,掌握犯罪趋势,从而预防犯罪;利用大数据优化侦查资源的分配,提高侦查效率;^[2]也有学者认为“大数据仅仅是一种技术,大数据驱动的侦查模式,是对传统侦查模式的超越,但其有效模式应是大数据、侦查直觉、经验的完美结合”;^[3]更有学者认为我们传统的法律框架对于新事物存在一定的滞后性,具体表现在对大数据侦查的法律属性没有明确的界定,不能区分数据内容与元数据两者的关系,谁来启动侦查的程序没有贯彻到位,对大数据侦查这一新事物进行法律上的控制,需要采取侦查的具体规范化和数据处理规范化的双重路径。^[4]从上述检索来看,研究主要集中在大数据侦查效率提高和建构大数据侦查的刑事规范等方面。但对大数据侦查与人权保障规范体系方面的研究较少。对大数据侦查,学术界以往是单独就某一个问题进行研究,而不是通盘从目的意义人权保障、实体意义人权保障、程序意义人权保障“三位一体”进行规范体系化加以研究。因而,通过上述分析,本文拟就大数据侦查与三种类型人权保障关系,综合性解决人权保障规范体系重构的问题。

二、妥善处理目的意义人权保障的非法性

刑事诉讼的目的是为了保证刑法的正确实施,惩罚犯罪,保护人民,保障国家安全和社会公共安全,维护社会主义社会秩序。^[5]其最终落脚点是保障国家安全和社会公共安全、维护社会主义社会秩序。作为刑事诉讼程序中重要的一环,侦查是查明真相的最主要途径之一,对后续的起

诉审判十分重要。所以,对于侦查权的保障与规制就成为刑事诉讼的重心之一。作为新技术的司法应用,大数据侦查在“扫黑除恶”等刑事政策的影响下,在广度和深度上都在对侦查产生深刻的影响,它对人权保障有着积极意义。但大数据侦查目的意义人权保障,总是宽泛模糊,不具有具体操作性,同时在侦办过程中也产生了一些不良效果,需要对此进行辩证的分析与规制。

(一)目的意义人权保障的价值

在大数据侦查中,首要目的还是惩罚犯罪,保护人民,这一目的也是目前大数据侦查主要应用的领域。对于个案的大数据侦查,主要还是通过数据进行线索分析、人物查找、动机查明等,在打击犯罪的精准度和办案效率上有着显著的提高。其价值不言而喻,却也隐藏着各种各样的风险,需要对大数据侦查进行有效的规制。换言之,目的意义人权保障,很多时候涉嫌侵害刑事案件外非当事人的权益。究其原因,这种人权保障观念植根于刑事诉讼的目的,着重维护国家安全和社会秩序。

大数据侦查工作的主要价值之一,体现在对犯罪的预防,对社会秩序的稳定。预测性思维是大数据时代的核心思维,能够预测未来是大数据技术的重要价值之一。在这个数据时代,我们可以通过万物互联的关联关系,对某一事物、行为或者某一类行为进行数据上的推算和预测。同样,在侦查活动中,侦查人员可以对不特定的已发生的犯罪行为和犯罪嫌疑人作案特征进行大数据模拟计算,精确预测某个时间段某个空间会发生什么类型的犯罪行为,从而有效地预防可能发生的犯罪行为。在我国,北京怀柔公安局建立了犯罪数据分析和预测系统,高效地完成了2014年亚太经合组织活动的安保工作,通过标准化分类后导入系统数据库,运用大数据,采用地图标注,多种预测模型,自动预测未来某段时间、某个区域可能发生犯罪的概率以及犯罪的种类,^[6]取得了良好的效果。所以大数据侦查目的意义人权保障具有积极意义。

(二)目的意义人权保障的异化

目的意义人权保障,在狭义人权价值层面来说是限缩的。虽然目的意义上人权保障具有相应的积极意义,但是它背离了刑事诉讼法人权保障的狭义语境。目的意义人权保障,讲究的是从全局角度通过惩罚犯罪来保护人民,但这样就很容易忽略对个人权利的保护与救济,甚至会产生打着保护人权的旗号侵犯人权的现象,使国家公权力任意介入公民私人领域空间,为了一个不确定的目的而实际侵犯个体的权益。人民与公民、集体与个人的关系,从本质上来说应该是整体和个体的关系,这两个概念是既对立又统一的关系。长期以来的错误价值导向是一味强调个人权益会损害集体利益,但在真实的集体里,集体利益在本质上是普遍化了的个人利益的集合,集体利益最本质的特征和落脚点是保障和促进一个集体内部的每个人都能够全面、自由、充分的发展。所以,大数据侦查需要妥当处理目的意义人权保障的政治性与规范性关系。换言之,大数据侦查需要排除法外属性的干扰,需要专注于法内规范性。大数据侦查想要达到保护广大人民的集体利益的目的,需要通过保护每一个公民的权益来实现,这不仅仅是个案中必须坚持的原则,也是集体利益要坚持的理念。只有回到规范,着力于保护每一个公民的权利,大数据侦查才能从规范层面真正维护国家安全和社会秩序。

三、提升实体意义人权保障的位阶

实体正义,从罗马法的一般理论来看,是基于社会分配制度对实体权利义务进行分配的结果。不平等社会条件下,这个结果能给最少受惠的社会个体带来补偿利益时才是正义的,即罗尔斯所言之分配正义。^[7]在刑事诉讼领域中,实体正义有着不同的表述,有学者认为“实体正义是指人们对实体上的权利、义务和责任进行确定时所遵循的价值标准”。^[8]实体正义是我国传统司法和现在司法体系以及公民们追求的司法结果,在善有善报恶有恶报传统社会理念影响

下,实体正义具有正当性和最广泛的大众认可度,而且程序正义除了程序本身独立的法治正义,最终结果追求的也是实体正义。就此而言,提升大数据侦查实体意义人权保障的位阶,才能有效地提高办案效率,实现实体正义。

(一) 提高大数据侦查的精准度

首先,在数据内容上加以规制,精确的数据才能助力精确的司法。在大数据侦查中,数据是最基础的东西,通过筛选提高数据整体质量和数据模型参数的准确度来保证整体的精确度。在整个侦查过程中严格对待每一个数据分析任务,确保所有环节的最高严谨度。在数据采集环节,数据的全面性是首要考虑的因素,大数据体现的就是“大”,所有案件相关数据都要收集到位。在案件主题内容方面,侦查人员要对侦查任务的各种需求进行全面、深入地认识和了解,并用这种认识选择数据范围和具体的算法。在数据生成环节,侦查人员要核查数据来源渠道的合法性和数据质量的可靠性,选择正确的算法进行数据深度分析,可以选择多种算法相互印证,保证数据结果的真实可信赖性。其次,算法是数据结果的关键影响因素,规制算法是优化大数据侦查必要的程序。算法歧视是大数据领域的热门话题,除了通过科技手段对算法进行调整之外,有学者主张把人类的道德、价值及法律等诸多因素添加到具体算法中,建立人工审核机制。^[9]也有学者提出,应当建立人工智能监管机构,负责审核算法的安全性。^[10]对大数据侦查的优化只有一个目的,使其能够提高侦查效率,在复杂的社会环境中找出最精确的证据用以实现实体正义,为实体意义人权保障作出应有的贡献。

(二) 提升实体意义人权保障的位阶

大数据侦查在以审判为中心的背景下,如何从实体意义上,保证准确、及时地查明犯罪事实,惩罚犯罪分子,保障无罪的人不受刑事追究,做到定性正确,不枉不纵?在大数据背景下,只有优化大数据侦查与实体意义人权保障关系,才能重构人权保障规范体系。首先,大数据侦查技术

的应用,通过数据的汇总和分析,可以有效地判断犯罪多发地的人口、交通等客观因素,合理安排人员配置,提高犯罪预防机制的资源分配。同时,大数据分析技术的使用,也改变了以往在侦查过程中侦查机关向各个相关部门如银行、电信公司等大型企业索取数据的困境,使得侦查活动更加实用便利。所以建立一种数据共享的平台,创造和完善数据管控机制,在确保数据不被恶意利用的情况下,由原来的单线侦查模式向协同侦查模式转变,是大数据侦查的发展趋势。^[11]其次,大数据分析研判,有助于取证的科学性、便捷性,提高刑侦部门的办案效率和能力。在侦查机关进行数据分析过程方面,传统侦查方式依赖侦查人员的主观经验判断,然后转化为实际的证据采集、调取。而大数据侦查手段的应用,则是依靠技术算法进行相关案件信息的分析,算法的多元化,在精准定位案件信息的基础上,能够对信息进行深度分析。通过对大量相关度“低”的数据进行多元化分析,可以提供重要的侦查线索,帮助侦查部门快速定位案件关键点,数据的呈现会更加多元、直观化,例如自动生成图表、动画等,可以有效地提高破案效率。再次,数据的客观真实性和全面性,有助于全面透彻地分析案情,减少对犯罪嫌疑人口供的依赖,有利于实现真实的个案正义。传统侦查模式下,被追诉人的口供是一项重要的证据和调查依据,在这种依赖口供的情况下,必然会产生对被追诉人人身安全和精神安全的威胁,进而导致整个案件的正义性得不到充分的保障。数据是客观存在的,不以人的意志为转移,在保证分析过程与方法没有错误和偏见的情况下,数据对案件的反映最为真实和全面,这对于正义的实现具有现实的意义。

提升大数据侦查与实体意义人权保障关系,不仅要通过对数据内容和算法的具体规制,保证大数据侦查的有效性,让无罪的被追诉人及时摆脱诉讼不受到公权追究,而且要使真正有罪的人受到应有的惩罚,罚当其罪,实现实体正义。需指出的是,如果一味地强调实体正义,让程序服

务实体,也会部分背离刑事诉讼法人权保障的语境,否定刑事诉讼程序独立价值。实体意义上人权保障是一种主观上的人权保障,忽略了程序价值的客观属性的操作与保护,因而实体本身是一种无法独立自我证成、自我评价的人权保障。因此,要重构大数据侦查人权保障规范体系,一方面要提升实体意义人权保障的精准度,另一方面也要把实体意义人权保障纳入刑事程序中加以规制,以实现与检验其效果。

四、坚守程序意义人权保障的价值

大数据侦查是现代社会快速发展时代背景下应运而生的刑事侦查手段,在互联网技术引领下衍生出的一种新的侦查机制。互联网技术一方面更新了侦查手段,为以往的刑事程序、侦查活动带来了机遇,另一方面也产生了巨大的挑战。在侦查技术和侦查模式不断创新的背景下,侦查活动不时有涉嫌侵害法外与法内公民权利的事情发生。在刑事诉讼过程中,程序法治主要是指通过构建和完善执法、司法的过程性法律制度来实现国家法治目标,强调法律的理性主义和“看得见的正义”程序来完成侦查活动。在全面依法治国背景下,刑事案件以审判为中心,如何从程序意义上解决刑事司法侦查活动中的调查、取证以及技术侦查的合法性问题,从而确保程序意义上的犯罪嫌疑人的人权保障,是法治中国的一个考验。只有坚守大数据侦查程序意义人权保障,坚持程序正义的基本价值理念,才能在追求效率和正义之间取得平衡。

(一) 大数据侦查需约束于权利规范

互联网社会快速发展的今天,公民权利意识觉醒得更早,觉醒的范围也更加广泛,公民对私生活的保密性、个人信息的保护性、个人生活的安宁性,都有了较高的要求。侦查权作为国家准司法权力具有强制性,而侦查程序的核心矛盾之一就是当隐私权和侦查权发生冲突的情况下,怎样平衡两者之间的关系,面对国家公权力,隐私权就要求侦查机关必须遵守谦抑的态度。在互

联网高度发达的时代,社会正在不断地向数据化发展,人类的一切活动都被互联网记录下来,无论是物理空间还是虚拟空间,越来越多的信息被数据化,一个个的信息碎片形成了数据海洋,这个数据海洋即是大数据社会。“这些数据的单独使用可能是合法的、无关隐私的,但是聚集起来进行再次分析后,则会涉嫌对公民隐私带来侵犯,这也是传统隐私法无法规制的。”^[12]在大数据时代,我们传统意义上的“个人隐私”已经完全不够涵盖隐私权本身所包含的内容,更广阔的隐私内容要求侦查机关在搜集公民“大数据”时必须遵守明确的法定程序,以何种手段,收集哪些内容的数据,对权力作出事先的立法限制,才能更好地保障权力不会肆意地侵犯权利。当然,隐私权并不是一项绝对的公民权利,而是相对的权利,“是一种信息管理规则”。^[13]隐私权不会拒绝侦查机关使用个人隐私数据,前提是遵循法定的程序,不能有任何的主观偏见和利用个人数据进行“监控”“威胁”的行为出现。这就意味着要求侦查机关做到公平公正且依法受到监督,这是隐私权对大数据侦查的客观法规制价值所在。公民权利具有双重属性,既是主观权利,也拘束于公权力的客观法价值。^[14]换言之,隐私权也是制约和约束大数据侦查行为的直接有效的权利。丹宁认为:“正当程序是法律为了保障日常工作的纯洁性而认可的各种方法。”^[15]也就是说,大数据侦查过程中始终要贯彻程序意义人权保障与规范性,以确保大数据侦查的“纯洁”的方向不至于走偏。

(二) 大数据侦查需贯彻无罪推定原则

从诉讼程序的视角出发,刑事侦查法治化也可以称其为侦查活动的法治化,是指职业化的侦查主体在实施侦查活动时,严格遵循现代化的法治理念,在法律框架内依法侦查,从而达到发现案件事实真相,实现公平正义的法治化运行状态。^[16]为了实现这一目标,必须遵循一定的基本原则和法治理念。在刑事司法领域的两大基础理论,一是实体法上的罪刑法定原则,二是程序

法上的无罪推定原则,这两大原则构成了司法实践中的两道准绳。无罪推定原则是西方现代法治国家所遵循的第一准则,也是国际公约所确认和保护的基本人权的原則。立法规范上我国《刑事诉讼法》第12条规定:“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪”,体现了无罪推定精神。我国在司法实务层面上,也十分重视这一原则的具体运用,但不尽如人意的是有一些案件并没有贯彻无罪推定原则。把无罪推定原则作为程序正当的基础构成理念,解决的核心问题是被追诉人在没有进行审判认定有罪之前应当被如何对待,保障被追诉人的“应然”权利,让法律规定的权利“实然化”。在英美法系中,无罪推定原则具体指的是一种证据规则,用以分配证明责任,即被告人有罪的事实需要由控方举证加以证明,而被告人无罪的事实不需要加以证明。只要控方没有证据证明被告人有罪或者证明被告人有罪的证据不充分,就应推定被告人无罪。^[17]因此,作为控诉程序之前的侦查行为,在刑事侦查活动中,无罪推定必须作为核心理念进行贯彻:明确被追诉人是“无罪的人”而非法律上的“罪犯”这一主体地位的确定,要求侦查机关必须尊重被追诉人的基本权利,不能预设被追诉人有罪而进行侦查活动。在无罪推定理念为指导的前提下,侦查启动前不能针对某类人或者某些人进行私人数据的收集,这是尊重个人隐私和无罪推定的双重要求。客观上说,数据的客观性、可靠性会成为“有罪推定”的帮凶,因为侦查人员对案件事实会有主观的价值判断,当明显的个人判断影响到大数据的合理利用时,通过大数据技术而选择性提取的证据资料,就会成为有罪推定的强力佐证。侦查活动中利用大数据的目的,在于快速获取尽可能多的案件线索资料或者证据材料,以期用最高的效率和准确的方式发现案件被追诉人、证明案件事实。但这种大数据侦查,不能因为有了快捷的方式,而忽视程序意义人权保障的程序价值。只有始终坚守程序意义人权保障,把无罪推定原则贯彻大数据侦查始

终,才能更好地运用新技术达到大数据侦查人权保障规范体系之目的。

五、重构“三位一体”人权保障规范体系

数据技术快速而广泛的应用也在不断地冲击着我们的侦查模式、理念和人权保障等。换言之,大数据侦查技术和理念在不断更新与完善的同时,与人权的价值冲突也在不断凸显。因此,大数据侦查应用新技术带来的上述问题,亟需解决。如何重构大数据侦查人权保障规范体系,显得尤其重要。

(一)厘定人权保障规范体系架构关系

法的根本特征是国家强制力,是国家运用政治权力构建的一种社会规则,以维护社会秩序为目的,规范的是所有社会成员。^[18]所以,在大数据侦查问题上,国家会采取怎样的策略和政策,取决于大数据侦查能否实现司法公正和正义的法律目的,在此基础上形成的国家意志,就体现在国家刑事政策的偏向上,采取的是激进的还是保守的措施。《刑法修正案(九)》修订的过程中,最高立法机关明确在立法指导思想肯定刑法应对社会生活起推动、引领作用。^[19]这也从立法层面说明,刑法体系的目的意义是在整体上掌控法律的价值取向,也会直接影响具体的程序与实体法律追求。所以,重构大数据侦查人权保障规范体系,需要建立“三位一体”体系架构,才能有效地对目的、实体、程序三层意义人权保障加以区分和分解。展言之,首先,可以把目的意义上人权保障作为总揽全局的刑事政策,因为其具有概括性和不确定性,使其本身并不能作为一种直接适用的规则,否则极易会产生以“目的”为旗帜的“合法”行为的异化。这种看似合法的行为,在大数据侦查的背景下,容易滋生越权行为,导致扩大信息收集范围等一系列不合法治精神的执法行为。所以,目的意义人权保障只能存在于刑事政策中,具体的执法行为应该交由实体意义和程序意义人权保障加以规制。其次,实体正义来源于人类社会的“道德直觉”,这种直觉

因为人性的缺陷而不具备可以量化和稳定的评价体系,因为社会环境和情感因素的变化,个体认知水平和文化差异,实体意义上人权保障,同样不能准确对大数据侦查形成稳定规制。再次,程序意义人权保障,显然区别于上述两种人权保障类型,因为程序意义人权保障具备上述两种人权保障类型不具有的科学性、专业的知识背景、独立自主的参与和专业决策。程序还能在经验积累的基础上脱离一时的“大众实体正义”,因为这个正义具有时代性和变化性,所以实体正义也是不断变化的,唯有程序正义经得起经验和历史的检验。因此,重构大数据侦查“三位一体”人权保障规范体系,其体系架构逻辑关系是:程序意义和实体意义人权保障,在保有自身独立性的前提下着力提升目的意义人权保障的法的品性,程序意义和实体意义人权保障之间相互制约,共同实现人权保障规范体系的目的要求。简言之,目的意义人权保障,使得大数据侦查具有开放性和政治性,实体意义人权保障使其追求维持最基础的公平正义,而程序意义人权保障则能维护大数据侦查的稳定性和秩序性。如图1所示。

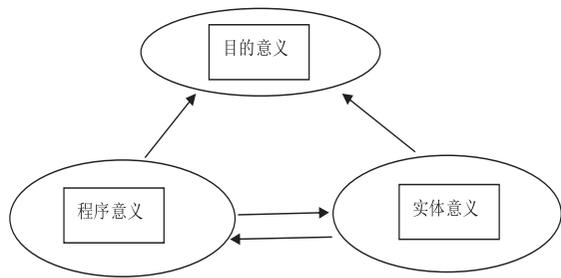


图1

(二)加强双层功能规范以规制目的意义人权保障异化

刑法学界早已有了功能主义的理论介入,曾对刑法功能主义进行了积极的研究和探索,^[20]主张目的理论作为刑法体系建构的理论基础。但把功能主义的方法论引入到刑事侦查领域,有两个不可回避的问题:一是大数据时代,如何运用技术提高刑事侦查效率;二是提高效率的同时如何最大限度地保障人权。数据给予了现代侦

查技术在效率和准确率上的飞跃式提升,但它所带来的人权风险也与日俱增。目的意义人权保障作为刑事政策的宽泛表达,它的风险如上文所述,效率的驱使容易使其任意扩张,同时也会逐渐侵蚀人的独立自主。以“保护人民”为旗号的目的,始终强调集体利益的优先性,即使19世纪还被认为是倾向个人主义,它也无意识地为其福利而限制个人自由做了准备。^[21]目的论方法立足整体来评价现实个案,强调的是人类社会的共同需要,所以个体的权利空间不断被压缩,个体自由逐渐被侵蚀。因此,要重构大数据侦查“三位一体”人权保障规范体系,则要对三种人权保障类型进行功能分化。简言之,大数据侦查目的意义人权保障,需要受到实体正义人权保障和程序正义人权保障双层功能规范制约。而实体正义人权保障和程序正义人权保障,则是实现目的意义人权保障的途径与基础。所以,在功能主义视角下,既要发挥大数据侦查目的意义人权保障之功效,又要克服大数据侦查目的意义人权保障所带来的风险。因此,重构大数据侦查“三位一体”人权保障规范体系,大数据侦查必须要约束于实体意义人权保障和程序意义人权保障双层规范检视与规制,这样才能实现目的意义人权保障功能价值。换言之,大数据侦查实体意义人权保障和程序意义人权保障的实现,也是目的意义人权保障的归宿和旨在。

(三)建构以四项原则为标准的人权保障规范体系

重构人权保障规范体系虽然是以程序意义人权保障和实体意义人权保障两种类型为基础,但诚如上文所示,实体意义人权保障有其本质缺陷,而程序意义人权保障恰好能够弥补这些漏洞。因此,在重构这个人权保障规范体系时,本文以为需要设立一个基石与一个标准,并在此基础上才能重构大数据侦查“三位一体”人权保障规范体系。这个体系的基石就是程序意义人权保障。本文提出四个原则作为标准。以标准围绕基石来重构大数据侦查“三位一体”人权保障

规范体系。这四个原则作为标准,展叙如下:

1. 健全无罪推定下公民权利保护原则

这一原则包含无罪推定和公民权利保护,两者隶属于两个不同法律部门的内容,但它们互相作用,共同构成大数据背景下的人权保障标准。无罪推定在近现代以来一直是刑事领域的核心原则之一,它的存在是限制公权力侵犯公民权利的有力保障。在大数据技术不断更新的时代,公权力借助新技术越过一些权力边界,这是无罪推定原则所禁止的,但是由于立法的不完善,这一原则并没有得到很好的贯彻。公权力机关利用刑事政策的功能性意义,以目的为导向,实施各种侦查措施,其合法性以及合理性存疑,在刑事政策的目的意义掩盖下,公权力到底突破了多少权力边界,社会与公众无从得知。无罪推定的原则应当作为束缚公权力的“缰绳”,目的正确与否不能成为判断权力行为对错的价值标准。实现目的的过程不能以牺牲其他公民合法权益为手段,个人人权与集体人权在价值上没有大小之分。因此,在刑事侦查策略的实施上,不能以牺牲公民权利作为公权力的手段,应坚守原则和底线,寻求合理正当的方法。

大数据侦查时有越权侵害公民权利行为,以隐私权为例。隐私权是公民的基本权利之一,作为客观法的存在,它要求立法机关关于公民隐私的内容,必须进行最大限度的立法保护。如今的信息时代,公民的个人隐私被数据平台以及其他主体,以各种明示或者非法手段进行收集,利用算法进行侵犯,它的客观法属性并没有发挥应有的作用。大数据作为一种新型的侦查手段,存在内部流程不清晰,责任主体不明确,外部监督无法可依、无章可循的问题。所以大数据侦查使用的前提,应和我国刑事诉讼中既有的侦查措施的程序相同,明确实施主体、责任主体,设置必要的前置审查程序。明确了立法的迫切需要,在坚持数据中立、技术中立,不预设主观立场,尊重隐私权的前提下尽可能全面地搜集信息。在内容上,需要对侦查机关日常收集的个人数据类型进行

明确的规定。例如明确可以收集的基础数据种类,并设权限等级制度,按照数据的权限等级设立不同力度的保密机制,权限越高的数据,使用时所需要的手续相对于一般数据而言更加严格,严格的审批程序是必要的。健全这一原则无疑给重构大数据侦查人权保障规范体系奠定了基础,使得大数据侦查的手段,有了清晰的规则意识和明确的权限限制,把“权力”关在笼子里,既可以更好地利用它,又能不被“权力”侵害。

2. 建立大数据侦查中的司法审查原则

互联网大数据时代,诉讼当事人权利受到侵害的可能性变得更高。在大数据侦查过程中,侦查机关已经处于权力绝对优势地位,现在又站在技术优势的主导地位上,当事人的劣势会更加明显,人权风险也会随之上升。这种权力不平衡的状态,需要引入中立的第三方审查其合法性。我国在以审判为中心的司法改革理念下,诉讼结构也在不断地转变,抑制公权力,平衡控辩双方的权力配置成为当下改革的趋势之一。因此,要重构大数据侦查人权保障规范体系,则要建立司法审查制度。司法审查制度是把“正当程序”作为逻辑起点,强调程序法治与程序正义,主要是指国家通过司法机关对其他国家机关行使国家权力的活动进行审查,通过对司法活动纠正违法行为,并对由此给公民、法人、其他组织合法权益造成的损害给予相应救济的法律制度。^[22]制衡权力是司法审查这一制度的本质,其合法性与合目的性,使得侦查权力与司法权力相互制约。法律实践中,司法审查制度通常包含三个方面:一是司法事前审查,在一些关于财产和人身方面的特殊的强制性侦查措施实施前,侦查机关必须先取得法院签发的司法证明。二是程序性裁判,这是一种属于事后的审查,最典型的属非法证据排除,由法院宣告侦查机关违法使用的侦查措施无效,排除与之相关的证据资料。三是受理诉讼当事人的申诉和控告,是事中的审查,当事人认为侦查机关的某些侦查措施侵犯了他的合法权益,可以向相应的司法机关提出自己的申诉或控告。

就大数据侦查司法审查而言,首先,在程序运行上对大数据侦查程序进行司法审查,重点关注的是其侦查程序的合法与否,对于被追诉人是否有罪不作审查。其次,有了这个原则的约束,还要防止大数据侦查实施过程中的违反程序的操作,作为一个有效的制约手段,完善的司法审查制度可以从外部制约大数据侦查权的行使,以确保大数据侦查在正当法律程序中运行,以达到重构人权保障规范体系之目的。

3. 坚持比例原则

比例原则是行政法的“精髓”所在,因为它强调的是权力的谦抑和对权益的最大保护。比例原则同样可以被刑事法大数据侦查吸收利用。大数据被应用于侦查中,侦查权的力量又多了一个来源,给本来就不平衡的控辩双方带来两造不对等。因此,在大数据侦查引入比例原则就显得极为重要。比例原则归纳起来,就是手段和目的相当,超出目的效果以外的手段都视为不必要的手段。为达目的不择手段,有可能侵害到被追诉人或法外第三人的合法权利。所以,侦查机关对侦查权要保持权力的谦抑性,同时注重行为的规范性、恰当性与合理性。这个原则要求侦查措施对行为对象所造成的侵害损失,必须小于该措施可能实现的价值效果。^[23]坚持比例原则,摒除唯破案为目的的侦查思维,大数据侦查人员应采取对公民权利影响最小的手段和方法进行数据的收集、分析、处理,确保个人数据的合法性、真实性。大数据侦查对数据库实行访问控制,尽量做到缩小能够直接接触公民敏感数据的人员范围。严格限制对公民敏感数据的利用,无论合法与否,必须做到损害最小的前提下追求人权保障的最大化效果。

4. 设置数据辩护权原则

有学者提出了应当赋予被追诉人以“数据辩护权”,^[24]笔者认为数据辩护权包含着两个方面的含义,首先是知情权,在对被追诉人进行数据分析后,他理应有知情的权利。在刑事侦查过程中,被追诉人知情权是指被追诉人有权获知案件

有关信息,知悉自己居于何种诉讼地位、享有何种诉讼权利,以及代表国家进行刑事诉讼活动的侦控机关如何保障其以上权利的实现。^[25]在这里设置一项告知与解释程序就显得尤为重要,因为技术的专业性,以及技术和法律相结合的专业性,对于普通人来说难以理解,如果不能明晰自己将要面对的是什么,对于被追诉人来说,就会形成难以有效辩解与辩护的境地,不利于法律的公平公正。其次,被追诉人对得知的数据分析结果具有提出异议的权利,即其有权对数据来源、算法、结果是否正确、合理等提出自己的异议,也可以提出以其他数据为基础的分析结果。有学者提出了“数字无罪”的概念,认为大数据本身也可以成为证明当事人行为合法的依据,以应对数据挖掘偏见以及数字证据选择性忽略等问题。^[26]充分保障被追诉人的权利,是重构大数据侦查人权保障规范体系所要解决的核心问题之一,同时也是司法公正的必然要求。

概言之,如何重构大数据侦查“三位一体”人权保障规范体系,本文以为需要先建构起这个体系架构后,再设立一个基石与一个标准,并以标准围绕基石来重构大数据侦查“三位一体”人权保障规范体系。与此同时,对三种人权保障类型进行功能分化,使大数据侦查的目的意义人权保障的非法性,受到实体正义人权保障和程序正义人权保障双层功能规范制约,而实体正义人权保障的提升和程序正义人权保障的坚守,既是实现大数据侦查目的意义人权保障的途径与基础,也是维护大数据侦查的实体正义、程序合法的规范性本身。

六、结 语

综上,大数据侦查是侦查模式顺应互联网时代发展的必然产物,具有历史的必然性。而大数据技术被侦查权力运用,不仅使刑事效率得以提升,而且还容易导致公权力异化,给公民权利带来一定威胁。这就要求大数据侦查正确处理三种类型人权保障的关系,并重构大数据侦查“三

位一体”人权保障规范体系。大数据侦查在妥善安排目的意义人权保障的非法性同时,需要进一步提升实体意义人权保障,在坚守程序意义人权保障基础上,则需要厘定人权保障规范体系架构、设立基石与标准,并加强双层功能规范以规制目的意义人权保障的异化,才能重构大数据侦查“三位一体”人权保障规范体系。与此同时,对三种人权保障类型进行功能分化。因此,在遵循大数据侦查“三位一体”人权保障规范体系前提下,大数据侦查本着权力谦抑的理念,把人权保障规范体系理念贯穿始终,以实现目的正当、实体正义、程序合法兼具的效果。在全面依法治国前进的道路上,大数据侦查是否贯彻“三位一体”的人权保障规范体系,则是检验法治国家的试金石。

注释:

- [1] 习近平:《在首都各界纪念现行宪法公布施行30周年大会上的讲话》,新华网, http://www.xinhuanet.com/politics/2012-12/04/c_113907206.htm。
- [2] 杨婷:《论大数据时代我国刑事侦查模式的转型》,《法商研究》2018年第2期。
- [3] 何军:《大数据与侦查模式变革研究》,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2015年第1期。
- [4] 程雷:《大数据侦查的法律控制》,《中国社会科学》2018年第11期。
- [5] 《中华人民共和国刑事诉讼法》第1条。
- [6] 《北京市警方尝试“大数据”》,以萨技术网, <http://www.yisa.com/home/?p=476>。
- [7] [美] 罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,北京:中国社会科学出版社,2009年,第12、203-223页。
- [8] 陈瑞华:《刑事审判原理(第二版)》,北京:北京大学出版社,2003年,第47页。
- [9] [24] 王燃:《大数据时代侦查模式的变革及其法律问题研究》,《法制与社会发展》2018年第5期。
- [10] Matthew U. Scherer, “Regulating Artificial Intelligence

Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies”, *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 29, No. 2, 2016, p. 396.

- [11] 王搏稀、李铭峰、方郑鑫:《大数据侦查与隐私权的保护》,《公安海警学院学报》2019年第6期。
- [12] Miller Kevin, “Total Surveillance, Big Data, and Predictive Crime Technology: Privacy’s Perfect Storm”, *Journal of Technology Law & Policy*, Vol. 1, 2014, pp. 105-146.
- [13] 徐明:《大数据时代的隐私危机及其侵权法应对》,《中国法学》2017年第1期。
- [14] 张翔:《基本权利的规范建构(增订版)》,北京:法律出版社,2017年,第37-38页。
- [15] [美] 本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,北京:商务印书馆,1998年,第30页。
- [16] 刘伟:《如何实现刑事侦查的法治化》,《政法论丛》2017年第4期。
- [17] 陈光中、张佳华、肖沛权:《论无罪推定原则及其在中国的适用》,《法学杂志》2013年第10期。
- [18] [日] 川岛武宜:《现代化与法》,王志安等译,北京:中国政法大学出版社,2004年,第251-252页。
- [19] 李适时:《关于〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉(草案)的说明——2014年10月27日在第十二届全国人民代表大会常务委员第十一次会议上》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2015年第5期。
- [20] 冯军:《刑法教义学的立场和方法》,《中外法学》2014年第1期;陈兴良:《刑法教义学与刑事政策的关系:从李斯特鸿沟到罗克辛贯通中国语境下的展开》,《中外法学》2013年第5期;劳东燕:《刑事政策与功能主义的刑法体系》,《中国法学》2020年第1期。
- [21] [德] 弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》(下),陈爱娥、黄建辉译,上海:上海三联书店,2006年,第556页。
- [22] 罗豪才:《中国司法审查制度》,北京:北京大学出版社,1993年,第1页。
- [23] 陈永生:《侦查程序原理》,中国政法大学博士学位论文,2002年,第2页。
- [25] 钱育之:《知情权:犯罪嫌疑人之基本权利》,《求索》2007年第8期。
- [26] 裴炜:《个人信息大数据与刑事正当程序的冲突及其调和》,《法学研究》2018年第2期。

[责任编辑:邹秋淑]