

论信息时代《公共调查法》中的调查权

王泉树

贵州大学法学院，贵州 贵阳

收稿日期：2023年3月7日；录用日期：2023年3月21日；发布日期：2023年7月4日

摘要

进入信息时代，有关《公共调查法》的讨论中，需要解决的前提性问题是理解“调查权”。不同于技术侦查、刑事搜查等相似概念，调查权在主体、客体及行为上有其独特之处。相较于英国《2016调查权力法》对调查权体系的完善构建，国内呈现出立法体系散乱、概念模糊不清的问题，因此有必要对调查权的概念进行界定。通过解析英国调查权制度，评价其优势与劣势，阐释英国调查权制度设计对于解决我国调查权问题的借鉴意义。

关键词

隐私权，调查权，技术侦查，令状制度

On Investigative Power in “Public Investigation Act” in Information Age

Quanshu Wang

School of Law, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Mar. 7th, 2023; accepted: Mar. 21st, 2023; published: Jul. 4th, 2023

Abstract

In the information age, the discussion on the “Public Investigation Law” has to be addressed as a precursor to the understanding of investigative power. Different from similar concepts such as technical investigation and criminal search, investigative power has its unique features in subject, object and behavior. Compared with the perfect construction of the investigatory power system in the UK’s 2016 Investigatory Powers Act, the domestic legislation system is disorganized and the concept is ambiguous. Therefore, it is necessary to define the concept of investigatory power. By analyzing the system of British investigation power, the advantages and disadvantages of British investigation power are appraising, and the reference of the system design of British investigation

power is explained to solve the problem of Chinese investigation power.

Keywords

Privacy Right, Investigative Power, Technical Investigation, Writ System

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

对公权力保持高度警惕是现代行政法治的必然要求，在信息时代，公权力机关行使调查行为的边界何在？应如何进行限制？观察我国隐私权法律体系，《民法典》《个人信息保护法》等民事法律初步构建起了隐私权保护框架，而相关行政法律规范呈现立法供给不足的状态，无法有效规范公权力机关的行为。为回应现实需要，也是为了化解我国隐私权法律体系中隐私权与公共调查权之间的矛盾冲突，有必要制定一部《公共调查法》，集中统一地对公权力机关的调查行为从目的、范围、程序、方式、监督、救济、责任等方面进行规定，以便将调查行为纳入法治的轨道上。¹

作为一部尚在讨论中的法律，《公共调查法》中众多纷繁复杂的理论问题尚待理清，其中之一是如何理解“调查权”这一基础概念，特别是在互联网时代，它与传统的行政调查有何区别。本文将重点分析现行法律体系中的调查权，并结合域外立法实践，试图理清信息时代调查权这一概念的内涵。

2. 调查权与相关概念的区别

调查权这一概念在国内出现的频率并不高，与之类似的概念有技术侦查、刑事搜查等。为理清调查权的内涵，有必要对不同概念进行区分。

2.1. 调查权与技术侦查

调查权不等同于技术侦查，调查权的内涵和外延与技术侦查有交集。技术侦查是刑事侦查框架下的一种手段，是指为了维护国家政治安全、政权安全及社会稳定，在重大刑事犯罪活动中有效获取犯罪情报信息和犯罪证据，经过严格的批准手续，由公安机关、国家安全机关技术侦查部门通过特殊的技术手段和方法对特定侦查对象的行踪、通信、相关场所以及与侦查对象密切相关的个人数据信息进行秘密监控并进行综合分析研判的侦查措施[1]。技术侦查是具有技术性、秘密性与隐私侵入性[2]。

具体而言二者有以下区别：一是主体不同，行使调查权的主体是行政机关，而技术侦查的主体是刑事侦查机关。二是客体不同，不同于传统的行政调查，信息时代调查权的客体是互联网形成的数据，数据是信息时代的基础。技术侦查的客体更为广泛，不仅包括数据，还包括与犯罪行为有关的其他信息，如指纹、痕迹等。三是技术手段不同，调查权的行使往往依托于网络服务提供商的配合，行政机关无法直接介入服务器展开调查。而技术侦查的行使直接由侦查机关秘密行使，保密性是技术侦查的根本优势。简言之，在客体上，调查权与技术侦查在数据方面存在交集；在技术手段上，调查权表现为技术侦查的一个子集。

¹参见高家伟：《隐私权的国家赔偿法保护》（《国家赔偿法》课程文字整理稿），载《天行健公法学》微信公众号，<https://mp.weixin.qq.com/s/lJ7YWtlf27TJWqZPZOjnzQ>。

2.2. 调查权与刑事搜查

调查权也不等同于刑事搜查。调查权在国家安全领域的适用范围是超越刑事搜查的。刑事搜查的目的范围比调查权小。刑事搜查是作为侦查追缉的一种刑事司法行为，而调查权行使是一种行政行为。互联网时代的调查权与传统意义的搜查行为是存在分界的，数据的获取不再是简单的一目了然的文档信息，而是复杂的庞大的数据集。传统意义上的搜查行为基于静态的信息，互联网时代的调查权行使，需要先进行采集、识别和保存，方可进行固定读取。在对数据进行采集、识别和保存的过程中，不能简单的理解成一种披露。采集、识别和保存数据的过程对于隐私权的侵犯程度也不及传统意义的搜查行为。实际上，通过运营商展开的采集、识别和保存过程对于民众来说是无法察觉的。

3. 域内外法律体系中的调查权

3.1. 我国现行法中的调查权

根据上述所述，不同于传统的行政调查，信息时代调查权的客体主要是数据。我国现有的有关数据的调查权散见于多个部门法，主要为针对犯罪行为层面的调查权与治理层面的调查权。

3.1.1. 针对犯罪行为的调查权

针对犯罪行为的调查权集中体现在《网络安全法》与《刑事诉讼法》中。《网络安全法》第五十二条规定：“国家安全机关、公安机关、有关军事机关根据职责分工，依法搜集涉及国家安全的情报信息。”赋予公安机关和国家安全机关对违法犯罪以及国家安全行为的侦查权力。《刑事诉讼法》在技术侦查的框架下建立了刑事侦查体系中的调查权。高检规则中有人民检察院适用技术侦查的程序性要求。《公安机关办理刑事案件程序规定》中对技术侦查也有明确规定。

3.1.2. 治理层面的调查权

治理层面的调查权，集中在国家安全，网络安全以及电子商务监管领域。《国家安全法》第五十一条规定：“国家健全统一归口、反应灵敏、准确高效、运转顺畅的情报信息收集、研判和使用制度，建立情报信息工作协调机制，实现情报信息的及时收集、准确研判、有效使用和共享。”根据该条，国家安全机关情报信息收集、研判和使用是重要职责所在。《网络安全法》第五条规定：“国家采取措施，监测、防御、处置来源于中华人民共和国境内外的网络安全风险和威胁，保护关键信息基础设施免受攻击、侵入、干扰和破坏，依法惩治网络违法犯罪活动，维护网络空间安全和秩序。”确立了国家保护信息基础设施安全的职责。此外，在《电子商务法》的有关规定中，电子商务主管部门有向电子商务经营者要求数据支持以完成法定职能的权力，但电子商务主管部门有对其提供的数据信息的安全保密义务。

3.1.3. 我国现行法中调查权的特点

我国现阶段的调查权立法呈现出条块分割的特点，不同的部门在其职权范围内行使相应的调查权，在事前至事后的审核程序以及救济机制方面匮乏程序性立法，对于公权力获取数据的合目的与合理使用上更是缺乏实体性的法律规范。同时，现有的调查权体系涵盖了技术侦查概念的一个下级概念，也涵盖了数据调取以及协助侦查等正在行使的其他类型。在互联网时代，政府的多种数据获取行为实质上都是调查权的表现形态。但是在不同领域、不同部门和不同方面行使数据调取的行权行为之时，面对着九龙治水般的混乱局面，原因之一就是缺乏对调查权概念的统一认识。

3.2. 英国《2016 调查权力法》中的调查权

英美法系国家没有行政行为理论，而将行政调查看作是一种行政技术上手段、措施，是形成程序法

上的必要步骤[3]。进入信息时代，英国颁布了《2016 调查权力法》，对英国政府在信息时代行使调查权力进行规制。

3.2.1. 调查权的定义

英国《2016 年调查权力法》中的调查权立足通信截取和数据获取两大行为。所谓通信截取实质，通过电信系统对通信过程进行了拦截操作，并将截取内容提供给他人。数据获取则是指依据令状向互联网服务提供者索取运营商数据以及用户数据的行为。作为重要组成部分的通信截取，在互联网时代，实际上是通信数据的获取权，因此英国的调查权概念实质上是对数据的获取权。

3.2.2. 行政令状与司法令状

令状制度是英国法治的基石，正是由于英国建立了令状制度并不断完善成熟，英国的生动实践才使“程序先于正义”的原则得以在普通法中确立并发扬，时至今日正当程序原则也已成为法律的一项基本观念与基本原则[4]。简言之，国家行政执法机关在对人身、财产、住宅等带有安宁权期待的部分进行强制性搜查时，必须向法院申请进行合法性审查，只有在法院通过审查并签发书面命令后才能搜查。而英国的调查权力法，也是围绕着令状制度展开的。

英国整体的调查权体系就是一个两层的结构，分别遵循行政令状流程与司法令状流程。具体而言，对民众隐私权侵犯最小的数据保留和有限披露的调查行为，仅需要通过行政授权交由专门机构，各专门机构在职权范围内基于维护国家安全、经济福利或者防止重大犯罪的需要行使调查权，此类调查更注重行政效率，仅需部门内部高级官员的授权与指令。对于那些高度危及个人隐私权和具有极大不可控的披露范围的通信截取与数据获取的调查行为，采取更为严格的程序规定，由司法专员进行审查，即司法令状。与行政令状相比，司法令状的要求显然更加严谨更加规范，它必须通过一个更为严格的法定程序，相关事项也确有必要通过这样的程序来执行，同时对公民隐私权的侵害要力争降到最小，达到比例原则的要求，但如此一来司法令状的审批时间就会过长、程序也颇为繁琐[5]。需要说明的是，英国调查权力的整体目的就是维护国家安全、预防侦查重罪和提高经济福祉。这三个方向的目的，代表着调查权力“侵犯”隐私权的公共利益基础。只有出于这三种具体目的，才可以使得调查权力这一公权力在令状的支撑和程序控制下合法地侵犯隐私权、通信秘密权等私权利。

4. 我国调查权体系的完善路径

4.1. 明确调查权的定义

对于调查权的概念问题，我国并没有一个可以完全对应英国制度的定义，但是针对我国现行法中调查权治理混乱的局面，笔者认为有必要对我国的调查权做出一个准确规范的定义。参考英国的调查权体系，中国的调查权应当定义为包括网络安全、国家安全、刑事侦查以及其他领域的行政机关针对网络运营商的数据调查行为，它可以分为独立行权的调查行为和经过统一审批的调查行为。独立行权的调查行为类比英国的行政令状模式，统一审批的调查行为类比英国的司法令状模式，我国的调查权定义包括三个要件，分别是主体、客体与行为，首先是主体要件，主体必须是目前有调查权力的具有网络安全、国家安全、刑事侦查以及其他领域的行政机关。其次是对客体的要求，即调查的目标应当是网络运营商持有的数据。最后是行为要件，我国直接将通信数据归类为数据，不必效仿英国的复杂规定，不必将调查权规定为通信截取和数据获取，而是直接归纳为数据调查即可。

4.2. 调查权立法建议

基于以上调查权的定义，是我国调查权规范立法的必要前提。研究英国《2016 年调查权力法》的规

定,我们可以发现,英国并没有将其他法律法规授权的调查权力一并收回,而是通过确认的方式将其直接纳入到调查权力控权体系内[6]。因此参照英国的经验,中国现有的条块分割的行政管理领域的调查权体系,并不能激进地放弃,我们应该建立健全一个对应的事前至事后的审核程序和监督救机制。

从事前的角度看,中国既有的数据调查权,集中在国家安全领域、网络安全领域以及刑事领域。其中,刑事领域的申请与审批主体分离是相对国家安全和网络安全更为迫切的需求,依据侦查主体,公安机关侦办案件调查需求交由检察院审批,检察院侦办案件调查需求交由法院审批。从事后的角度看,一方面要对公权力形成制约,各机关调查权行使的情况应当汇总形成年报,每年向人民代表大会报告,使得这一涉及公民权利贬损的活动公开受到监督。涉及国家秘密、公共安全的可以进行必要的技术处理,经过技术处理的报告依旧足以实现人大对其的监督。另一方面,要严格控制调查获取数据的使用权限与使用目的,采取必要的保存时效限制,避免造成对公民权利的损害。

4.3. 建立调查权信息披露制度

对于行政机关要求网络运营商提供信息的调查行为应当进行记录,而对于其权力行使的记录进行披露,应该告知相关个人,尤其是对具体的可能会造成权利损益的当事人进行告知。告知的时间可以选择较为合适的时间,不应影响调查权的行使。与此同时,针对调查权行使的状况,应该进行整体的控制。伴随着大数据以及人工智能的发展,尽量实现行政机关内个人对具体数据的权限最小化。调查本身的效率也应当纳入考量范围,行使调查权的行政机关应该对其调查权的行使情况对社会进行说明。实现对个人数据脱敏化的调查权行使披露是可行的。

5. 结语

结合我国实际与域外的成熟经验,在讨论《公共调查法》这一话题时,有必要对调查权这一概念的内涵进行定义。简言之,在信息时代,调查权应当定义为包括网络安全、国家安全以及其他领域的行政机关针对网络运营商、网络服务提供商数据的调查行为。这一定义包括三个要件,首先是主体要件,此类针对数据的调查权应以维护国家安全、网络安全为必要,因此其行使主体主要为国家安全机关与网络监管部门等。其次是客体要件,调查的目标是网络运营商、网络服务提供商所持有的数据。数据是信息时代的基石,企业间的竞争是数据的竞争,而政府监管的重点也应是数据,将数据视为调查的客体,具有必然性。此外,我国现阶段已经建立起了对数据的全周期记录和访问机制,以数据为调查权的客体具有可行性。最后是行为要件,对数据的调查是通过运营商实现的,通过运营商展开的采集、识别和保存过程对于民众来说是无法察觉的。

在信息时代,公权力对基本权利的侵蚀比以往任何时候都来的猛烈,尤其是隐私权。对调查权的定义进行理清并非为公权力机关辩护,而是划定了调查权的边界,防止调查权的无限膨胀,避免其与隐私权的直接冲突。

参考文献

- [1] 刘鹏. 技术侦查疑难问题研究[J]. 法学杂志, 2017, 38(7): 116-122.
- [2] 刘军. 技术侦查的法律控制——以权利保障为视角[J]. 东方法学, 2017(6): 25-34.
- [3] 张崇波. 侦查权的法律控制研究[D]: [博士学位论文]. 上海: 复旦大学, 2014.
- [4] 游鹏. “以审判为中心”视野下侦查监督的完善——以令状制度的本土化重构为中心[J]. 犯罪研究, 2020(2): 92-98.
- [5] 王艺. 英国通信数据保存制度探析——以《2016年调查权力法》为中心[J]. 哈尔滨学院学报, 2019, 40(5): 52-56.
- [6] 汪栋. 普通法令状与英国司法化国家治理路径的形成[J]. 经贸法律评论, 2020(2): 1-15.