



联合国打击跨国有组织 犯罪公约缔约方会议

Distr.: General
12 May 2020
Chinese
Original: English

国际合作工作组

2020年7月7日和8日，维也纳

临时议程*项目3

涉及特殊侦查手段的国际合作

涉及特殊侦查手段的国际合作

秘书处编写的背景文件

一. 导言

1. 近年来，侦查和调查犯罪的方法和调查性质发生了重大转变，更加强调情报驱动的主动调查。此外，秘密收集信息的技术手段也发展迅速，往往涉及使用特殊侦查手段。随着犯罪分子变得更加狡猾，侦查和调查犯罪的方法也需要发展和适应，以跟上形势。
2. 特殊侦查手段有别于常规侦查方法，既包括隐蔽技术，也包括技术运用。鉴于在了解犯罪行为 and 收集资料和证据用于国内检控和刑事诉讼方面所固有的危险和困难，这些手段特别适合用于对付十分狡猾的有组织犯罪集团。
3. 在使用特殊侦查手段时，应兼顾调查犯罪包括跨国有组织犯罪的必要性与尊重个人的权利和自由。在大多数法域，通过这类手段收集证据需要严格遵守一些防止可能滥用职权的保障措施。此外，必须仔细评估扩大使用特殊侦查手段的情况，以确保在调查期间通过这种手段收集的证据符合随后刑事诉讼中适用的证据要求。
4. 本背景文件由秘书处编写，目的是推进国际合作工作组第十一次会议临时议程项目3项下的各项讨论工作。报告重点是《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第20条，同时也考虑到国际法律框架和判例的发展，目的是支持工作组进一步讨论执行第20条的各种法律和实际方面，以及促进涉及特殊侦查手段的国际合作的实际方式方法，包括在这种国际合作中使用的保障措施。在这些讨论期间，工作组不妨除其他外审议以下问题：

* CTOC/COP/WG.3/2020/1。



- (a) 在调查跨国有组织犯罪时使用特殊侦查手段方面汲取了哪些经验教训？
- (b) 在跨国有组织犯罪调查中，与管理特殊侦查手段有关的不损害嫌疑人和第三方权利和自由的良好做法有哪些？
- (c) 在实施适用于跨国有组织犯罪案件的主动调查方法方面有哪些挑战？
- (d) 在跨国有组织犯罪案件中，防止滥用特殊侦查手段的最有效和最常用的保障措施有哪些？
- (e) 在确保通过使用特殊侦查手段在其他法域收集的跨国有组织犯罪案件中证据的可采性方面有哪些良好做法？

二. 定义方面

5. 对于什么是“特殊侦查手段”，国际上没有达成一致的定義。《打击有组织犯罪公约》、1988年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》和《联合国反腐败公约》都没有提供定义。有人试图界定“特殊侦查方法”这一同等概念，即被认为是用来以不惊动被调查者的秘密方式收集证据、情报和信息的手段或技术。¹

6. 应当指出，欧洲委员会部长理事会在2005年4月20日通过的向成员国提出的关于对包括恐怖主义行为在内的严重罪行的“特殊侦查手段”的Rec(2005)10号建议中，将“特殊侦查手段”定义为主管机关在刑事调查中为侦查和调查重罪和犯罪嫌疑人而采用的各种技术，其目的是以不惊动目标人的方式收集信息。

7. 此外，《打击有组织犯罪公约》第2条(i)项将“控制下交付”定义为“在主管当局知情并由其进行监测的情况下允许非法或可疑货物运出、通过或运入一国或多国领土的一种做法，其目的在于侦查某项犯罪并辨认参与该项犯罪的人员”。

三. 特殊侦查手段的类型

8. 《打击有组织犯罪公约》提到适当使用控制下交付（下文第四.D节），并规定在缔约国主管当局认为适当时适当使用其他特殊侦查手段，如下所述。

¹ 见 Council of Europe, *The Deployment of Special Investigative Means* (Belgrade, 2013), p. 12.。

A. 电子监视

9. 电子监视包括音频监视、视频监视、跟踪监视和数据监视。²电子取证技术的使用通常由立法管制，大多数国家通过使用基于搜查令的系统来进行管制，特别是对于在私人场所进行电子监视的情况。³

10. 各国法律对签发电子监视使用搜查令的情况和条件作了不同的规定。一般而言，当局须有合理理由相信有关罪行已发生、正在发生或将会发生。其他考虑因素包括被调查罪行的严重性、监视行动可能取得的证据的价值、是否有其他方法取得所要求的证据，以及发出搜查令是否符合司法处置的最佳利益。⁴

11. 监管框架往往载有针对要求立即使用电子证据收集或电信侦听的紧急情况的特别规定。构成紧急状态的通常是对国家安全、人员或财产的迫在眉睫的严重威胁，但也可能包括不使用监视就可能丢失有价值的证据的情况。⁵

B. 其他形式监视

12. 一方面，其他形式的监视包括物理监视和观察，通常比电子监视侵入性小，涉及将目标置于物理监视之下。另一方面，它们也可能延伸到在金融调查中监控银行账户。

C. 卧底和盯梢行动

13. 在有些案件中，通过常规手段很难接触到罪犯或有组织犯罪集团的活动，因此有必要渗透犯罪网络或伪装成罪犯以揭露犯罪活动，此时使用卧底特工是很有价值的，他们可能是总体盯梢行动的一部分，也可能不是。

14. 由卧底警务人员甚至是同谋者等“内部知情人”所提供的证据，可能是成功检控的关键。此外，这种确证的效果往往会使被告合作和认罪，从而不再需要冗长昂贵的审判过程（另见《打击有组织犯罪公约》第26条）。然而，特别是由于对钓鱼执法和可能侵犯人权的担忧，以及这类行动的资源、期限和费用，在使用卧底警官和盯梢行动的合法性或通过这种手段收集的证据的可采性方面可能会出现一些问题（见下文六.B节）。

D. 其他特殊侦查手段

15. 《打击有组织犯罪公约》第20条第1款中列举的“其他特殊侦查手段”的例子并非详尽无遗，在被认为适当的情况下可以使用其他手段，包括下文所述的方法。

² 《严重和有组织犯罪调查中实行电子跟踪监视的现行做法》（联合国出版物，出售品编号：E.09.XI.19），第2页。

³ Sheelagh Brady, “Policing TOC: the national perspective – challenges, strategies, tactics” in *International Law and Transnational Organized Crime*, Pierre Hauck and Sven Peterke, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2016), p. 482.

⁴ 《严重和有组织犯罪调查中实行电子跟踪监视的现行做法》，第19页。

⁵ 同上，第26页。

1. 使用线人

16. 警方利用线人是调查和预防罪案的重要元素。他们的角色与证人不同，因为他们不会被传召出庭作证，而且在一些国家，他们提供的协助也不需要披露。⁶

17. 线人是指与另一人建立或维持个人或其他关系的人，其目的是便利采取行动，秘密利用这种关系获取信息或证据，或向第三人提供获取任何信息或证据的机会；或秘密披露通过使用这种关系或者由于存在这种关系而获得的信息或证据。⁷

18. 特别是在线人与犯罪活动关系密切的情况下，了解机密和非机密信息之间的区别并据此处理线人的身份披露问题至关重要。无论如何，在使用线人方面，应征询高级官员、检察官或司法机构的意见，以确保所收集的证据具有可采性。许多有组织犯罪案件的跨国性质要求调查人员熟悉本国立法以及与之合作的国家的立法。

2. 与金融调查相关的技术

19. 调查人员利用金融机构查明可疑金融交易及其向金融情报单位提供的报告，了解有关非法资金流动及其与嫌疑人联系的信息。在这方面，特殊侦查手段（窃听、搜查令、证人面谈、搜查和扣押令、出示令和账户监控令）的使用涉及检查财务记录或查阅具有“追踪资金踪迹”经验的调查员掌握的文件、收集商业和金融情报、查明复杂的非法计划，并迅速采取行动避免资产被耗尽。⁸

3. 收集电子证据的手段

20. 对用于收集电子证据的调查权的法律依据的审查表明，各国的做法各不相同。尽管如此，关于应规定可采取哪些类型的调查措施收集电子证据似乎存在共识。这些措施可能包括：计算机数据的加速保全；获取储存内容数据、储存流量数据或订阅用户信息的命令；实时收集内容或流量数据；对计算机硬件或数据的搜查令；获取计算机硬件或数据；跨境访问计算机系统或数据；使用远程取证工具。⁹

21. 由于电子证据的本质是脆弱的，应该采取特别的预防措施加以记录、收集、保存和审查。电子证据的易变性也给国际合作带来了挑战，例如延误对请求的回应、被请求提供证据的主管部门缺乏承诺并且不能灵活变通，以及向提出请求的法域提供证据的形式。

⁶ 联合国毒品和犯罪问题办公室（毒品和犯罪问题办公室）《关于在涉及有组织犯罪的刑事诉讼中保护证人的良好做法》（2008年，维也纳），第22页。

⁷ Council of Europe, *The Deployment of Special Investigative Means*, p. 43.

⁸ Jean-Pierre Brun and others, *Asset Recovery Handbook: A Guide for Practitioners* (Washington, D.C., World Bank, 2011), p. 23.

⁹ 见毒品和犯罪问题办公室，关于网络犯罪的综合研究（草案）（2013年2月），第125页，由毒品和犯罪问题办公室编写供综合研究网上犯罪问题专家组审议，及 E/CN.15/2018/6，第29段。

22. 虽然许多国家已经开始建立负责调查涉及电子证据的犯罪的专门机构，但在一些国家，这些机构资金不足，并且缺乏能力。随着电子证据越来越多地用于“常规”犯罪的调查工作，执法机构可能需要掌握和部署基本技能来处理电子证据（CTOC/COP/WG.3/2015/2，第12段）。

四. 规范性框架：《打击有组织犯罪公约》第20条

A. 第20条第1款：国内法律框架中的控制下交付和其他特殊侦查手段

23. 根据《打击有组织犯罪公约》第20条第1款，各国在其本国法律基本原则许可的情况下，必须允许在其境内适当使用控制下交付，并酌情使用其他特殊侦查手段，如电子监视和特工行动，以打击有组织犯罪。

1. 该规定的构成要素

(a) “在其本国法律基本原则许可的情况下”

24. 虽然第1款的措辞是强制性的，但该义务须符合缔约国国内法律制度的基本原则。因此，使用侦查手段应在国家立法中有适当的依据，即可公开查阅的法律或具有司法授权制度（或至少包含司法监督）的法律。应考虑到对某些人权的干涉，例如公平审判权¹⁰和隐私权¹¹（见下文）。

25. 根据欧洲人权法院关于《欧洲保护人权与基本自由公约》第8条的判例，“依法”一词也涉及有关法律的质量。这意味着有关措施应该符合法治，为了公众监督而向公众开放，并且其影响是可以预见的。¹²

26. 可预见性的要求意味着以足够的精确度制定一项规则，使个人能够规范自己的行为。此外，这意味着在国内法中必须有一定的法律保护措施，以防止公共当局无理干涉。“无理”一词是《公民及政治权利国际公约》第17条中的一个关键概念（“任何人之私生活……，不得无理或非法侵扰……”），这是人权事务委员会以《公约》保管人的身份从理论上探讨与其立法审查机制下监督措施的合法性和适当性有关的问题所依据的法律框架。¹³欧洲人权法院还在多个案

¹⁰ 《世界人权宣言》第10条，《公民及政治权利国际公约》第14条，《美洲人权公约》第8条，《非洲人权和民族权宪章》第7条，《欧洲保护人权与基本自由公约》第6条。

¹¹ 《世界人权宣言》第12条，《公民及政治权利国际公约》第17条，《美洲人权公约》第11条，《欧洲保护人权与基本自由公约》第6条。

¹² 见 See European Commission of Human Rights, *Malone v. United Kingdom*, application No. 8691/79, judgment of 2 August 1984, paras. 66-67; *Leander v. Sweden*, application No. 9248/81, judgment of 26 March 1987, paras. 50-51; 及 *Kopp v. Switzerland*, application No. 23224/94, judgment of 25 March 1998, paras. 63-64.

¹³ 尽管是在“无理拘留”这一不同背景下，人权事务委员会在其关于第9条(自由和人身安全)的第35(2014)号一般性意见中重新定义“无理”一词如下：“‘无理’这一概念不能和‘违法’划等号，必须给予更广泛的解释，使其包括不适当、不正当、缺乏可预见性和适当法律程序，以及合理性、必要性和程度等要素。”（CCPR/C/GC/35，第12段）。在审查在线监测的“无理”时适用这一法律标准，似乎会要求对监测权适用的可预测性、适用程序的正当性、过度使用的可能性以及防止滥用的保障措施的可适用性进行评价。

件中指出，法律的措辞应足够明确，以便向个人充分说明公共当局在何种情况和条件下有权诉诸秘密方法。¹⁴

27. 欧洲人权法院通过其关于秘密监视措施的判例法，制定了一套最低限度的保障措施，应在法律上引入以避免在以下方面滥用权力：可能导致监视令的罪行的性质；应对其适用任何此类措施的人的类别；监视期限的限制；检查、使用和存储所获得数据应遵循的程序；将数据传递给其他各方时应采取的预防措施；可以或必须擦除或销毁记录的情况。此外，签发授权书的机构应是独立的，¹⁵应有某种形式的司法控制，或者由一个独立机构对签发机构的活动进行控制。¹⁶仅由公诉机关下令进行电信侦听而没有法官事先控制的可能性，则不符合所需的独立性标准。¹⁷

(b) “根据本国法律所规定的条件”

28. 《打击有组织犯罪公约》使用“根据本国法律所规定的条件”的措辞，意在吁请缔约国在本国立法中界定主管当局有权使用特殊侦查手段的情况和条件。

29. 大多数特殊侦查手段的侵入性很强，可能会在其与基本权利和自由的兼容性方面造成宪政难题。因此，缔约国可能在其国内法律制度中决定不允许使用某些手段。此外，“本国法律所规定的条件”的措辞使缔约国得以让这些特殊侦查手段的使用受制于尽可能多的保护人权和基本自由所需的保障。

30. 欧洲人权法院在其关于电信侦听的判例中规定，在规范秘密活动的法规中应规定以下最低限度的保障措施：界定有可能被司法命令监听电话的人的类别；可能导致此种命令的罪行的性质；对电话窃听时间的限制；起草包含截获通信的摘要报告的程序；为将录音完整无缺地传达给法官和辩方供其进行可能的检查而采取的预防措施；可以或必须擦除记录或销毁录音带的情况，尤其是被控人已获治安法官释放或法庭宣判无罪的情况。

(c) “必要措施”

31. 什么是“必要的”、什么时候使用特殊侦查手段是“适当的”（见下文），这是一个判断问题。根据欧洲人权法院已确立的判例法，如果对人权的干预是对所谓的“迫切社会需要”作出反应，特别是如果这种干预与所追求的合法目

¹⁴ European Commission of Human Rights, *Kopp v. Switzerland*, para. 64; *Khan v. United Kingdom*, application No. 35394/97, judgment of 12 May 2000, para. 26; 及 *Taylor-Sabori v. United Kingdom*, application No. 47114/99, judgment of 22 October 2002, para. 18。

¹⁵ *Malone v. United Kingdom*, para. 67。

¹⁶ European Commission of Human Rights, *Huvig v. France*, application No. 11105/84, judgment of 24 April 1990, para. 33; *Amann v. Switzerland*, application No. 27798/95, judgment of 16 February 2000, para. 60; 及 *Iordachi and others v. Moldova*, application No. 25198/02, judgment of 10 February 2009, para. 40。

¹⁷ European Commission of Human Rights, *Dumitru Popescu v. Romania* (No. 2), application No. 71525/01, judgment of 26 April 2007, paras. 70-73。

标相称，并且如果国家当局为其辩护的理由是“相关和充分的”，则此种干预认将被为对于合法目的是必要的。

32. 关于秘密监视，欧洲人权法院认为，国家当局在选择实现保护国家安全的合法目标的手段方面享有相当大的判断余地。¹⁸这一余地大小因各种因素而异，包括特定案件中所涉《公约》权利的性质、其对个人的重要性、干扰的性质以及干扰所追求的目标。

(d) “在[缔约国]可能的范围内”

33. 该条款考虑到许多缔约国开展涉及特定侦查手段的行的技术能力和资源有限。第 20 条第 1 款的解释性说明加强了该条款，说明中指出，该款“并不意味着缔约国有义务为使用所提到的所有形式的特殊侦查手段作出规定”。¹⁹

(e) “适当使用”

34. 特殊侦查手段的“适当使用”与其使用效果与其目的之间的相称性密切相关。在诉诸技术之前，应测试和确保这种相称性。在这方面，主管当局在决定使用此类手段时，应根据有关罪行的严重程度作出评估，并评估该特定特殊侦查手段的侵扰性是否有正当理由。

35. 在确定一项秘密措施是否与所追求的目标相称时需要考虑的因素包括：与所使用的具体特殊侦查手段相比，罪行的严重性；²⁰是否提出了支持该措施的相关和充分的理由；是否存在限制性较小的替代措施；是否在决策过程中采取了确保程序公正的措施；是否有足够的防止滥用的保障措施；所审查的限制是否破坏了有关权利的主旨。²¹

(f) “由主管当局”

36. 就欧洲委员会部长理事会向成员国提出的关于对包括恐怖主义行为在内的严重罪行的“特殊侦查手段”的 Rec(2005)10 号建议而言，“主管当局”是指根据国家立法参与决定、监督或使用特殊侦查手段的司法、检察和调查机构。²²

37. 尤其是，涉及控制下交付的主管当局的权限与司法协助请求是否是授权控制下交付的前提条件这一问题有关。主要是欧洲大陆的法域需要这样的请求。在一些法域，只有在正在进行的刑事调查或刑事案件中请求控制下交付时，这才是强制性的前提条件。当控制下交付与业务调查文件有关联时，不需要提出

¹⁸ *Malone v. United Kingdom*, para. 81, 及 *Leander v. Sweden*, para. 59。

¹⁹ 见《拟订〈联合国打击跨国组织犯罪公约〉及其〈议定书〉的谈判准备工作材料》(联合国出版物, 出售品编号: E.06.V.5), 第 206 页。另见 David McClean, *Transnational Organized Crime: A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, Oxford Commentaries on International Law Series (Oxford, Oxford University Press, 2007), p. 244。

²⁰ 欧洲委员会部长理事会向成员国提出的关于对包括恐怖主义行为在内的严重罪行的“特殊侦查手段”的 Rec(2005)10 号建议, 附录, 第二章, 第 5 段。

²¹ 见 Council of Europe, *The Deployment of Special Investigative Means*, p. 17。

²² 见 Rec(2005)10 号建议, 附录, 第一章。

司法协助请求。另一方面，在大多数普通法法域，请求司法协助并不是授权控制下交付的必要条件。在这些法域，当局将满足于在警察对警察的基础上提出的请求。

(g) “在[缔约国]领土上”

38. 第 20 条第 1 款侧重于特殊侦查手段的国内方面，并提到将在《公约》各缔约国领土内采取的相关行动。第 2 款和第 3 款论述了国际方面，即使用这种手段所需的国际合作。

2. 落实和执行

39. 联合调查问题和对《公约》第 20 条执行情况的相关审议将在新设立的《联合国打击跨国有组织犯罪公约》及其各项议定书实施情况审议机制的执法和司法系统专题组（该机制运作多年期工作计划第七至第十年）下审查。²³该机制将根据联合国打击跨国有组织犯罪公约缔约方会议 2018 年 10 月第九届会议第 9/1 号决议通过的程序和规则运作。

40. 作为对比，在《联合国反腐败公约》执行情况审议机制的第一个周期中，大多数受审议缔约国报告说，它们通过立法或既定做法管制特殊侦查手段的范围以及使用这些手段的条件和程序。总体而言，大多数国家熟悉并诉诸特殊侦查手段，尽管这些手段通常用于与有组织犯罪、贩毒以及（较少用于）腐败有关的调查。在业务层面查明的一个障碍是许多国家缺乏使用这些手段的能力和经历。许多法域的总趋势是对于国内法定义为较严重的犯罪使用这种手段。²⁴

B. 第 20 条第 2 款：双边和多边协定或安排（国际合作方面）

41. 第 20 条第 2 款优先考虑关于使用特殊侦查手段的国际协定，因此鼓励缔约国缔结双边或多边协定或安排，以促进这一领域的合作，同时适当尊重国家主权关切。

42. 在国际一级，《1988 年公约》是第一个认可控制下交付的侦查手段和做法的多边协定（第 11 条）。²⁵《联合国反腐败公约》第 50 条在《打击有组织犯罪公约》第 20 条的先例基础上，规范与特殊侦查手段有关的问题。

43. 在区域一级，《实施 1985 年 6 月 14 日比荷卢经济联盟成员国、德意志联邦共和国和法兰西共和国政府逐步取消共同边界检查的申根协定的公约》中列入了一些特殊侦查手段（第 39-41 和 73 条）。²⁶规定特殊侦查手段的区域公约的其

²³ 见 CTOC/COP/2018/13，第 9/1 号决议，附录，表 2。

²⁴ 见对《〈联合国反腐败公约〉实施情况：刑事定罪、执法和国际合作》（第 2 版，（维也纳，2017 年），第 255 页）中的国别审议得出结果的相关分析。

²⁵ 《1988 年〈联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约〉评注》（联合国出版物，出售品编号：E.98.XI.5），第十一条，一般性评论，第 11.2 段。

²⁶ 见 Hans G. Nilsson, “Special investigation techniques and developments in mutual legal assistance: the crossroads between police cooperation and judicial cooperation”, 载于 *Resource Material Series No. 65* (Tokyo, Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, 2005), pp. 42-43。

他例子包括《关于洗钱、追查、扣押和没收犯罪收益的公约》（第 4 条）、²⁷《欧洲联盟成员国刑事事项互助公约》（第 12、14 和 17-20 条）、²⁸《欧洲刑事事项互助公约第二附加议定书》（第 17-19 条），²⁹以及在适用范围内的《欧洲委员会网络犯罪公约》。³⁰

44. 在欧洲联盟范围内，欧洲议会和欧洲理事会 2014 年 4 月 3 日关于欧洲刑事事项调查令的 [第 2014/41/EU 号指令](#) 是为便利跨境调查而制定的一项新文书。该指令包括关于秘密调查（第 29 条）和电信侦听（第 30-32 条）的规定。

45. “安排”一词是指最不正式的互动类型，可包括各缔约国主管当局在相关情况下相互适用的标准做法，包括无需正式书面协议的警察之间的合作。

46. 金融行动特别工作组建议中的第 31 号建议涉及执法和调查当局的权力，并具体规定各国应确保进行调查的主管当局能够使用适用于调查洗钱、相关上游犯罪和资助恐怖主义行为的各种侦查手段。³¹

47. 在落实和执行层面，可以通过具体的协议或安排或通过司法协助协议来支持国际合作。非强制性侦查手段往往可以通过非正式协助来使用，而强制性侦查手段和司法措施通常需要请求司法协助。³²此外，参与犯罪调查的非正式和正式网络对跨境合作的顺利运行越来越重要。

C. 第 20 条第 3 款：在个案基础上使用特殊侦查手段

48. 第 20 条第 3 款提到在没有协议或安排的情况下在国际一级使用特殊侦查手段的做法。该条款促请缔约国在个案基础上进行合作。对于许多国家来说，这条规定本身将成为进行个案合作的法律授权的充分依据。

49. 除了明显的业务安排外，第 3 款还确定了两个可能需要注意的特殊因素。第一个涉及财务安排，其中包括使用这些手段的费用，不仅要考虑需要部署的资源，而且还要考虑每个缔约国的需要（例如，以特定形式取证）。虽然在某些情况下，在国际一级使用特殊侦查手段与司法协助之间存在联系，但就《公约》第 18 条第 28 款而言，这种使用的费用一般不被视为“普通费用”。³³由于这些问题的复杂性，最好制定常设安排或谅解备忘录，因为在某些情况下可能没有时间进行详细谈判。

50. 第二个因素涉及在通过特殊侦查手段收集的证据表明刑事犯罪也与其他国家有关的案件中行使管辖权。为明确起见，如果时间允许，主管当局可在出现

²⁷ 联合国，《条约汇编》，第 1862 卷，第 31704 号。该《公约》于 1993 年 9 月 1 日生效。关于这些措施性质的进一步分析，见《关于洗钱、追查、扣押和没收犯罪收益的公约》的解释性报告，第 30 段。

²⁸ 《欧洲共同体官方公报》，C 197/1，2000 年 7 月 12 日。另见 2000 年 5 月 29 日《欧洲联盟成员国刑事事项互助公约》的解释性报告（《欧洲共同体官方公报》，C 379/7，2000 年 12 月）。

²⁹ 联合国，《条约汇编》，第 2297 卷，第 6841 号。该议定书于 2004 年 2 月 1 日生效。

³⁰ 欧洲委员会《欧洲条约集》，第 185 号。该《公约》于 2004 年 7 月 1 日生效。

³¹ 见金融行动特别工作组，《关于打击洗钱及资助恐怖主义和扩散的国际标准：金融行动特别工作组的建议》（2019 年 6 月，巴黎）。

³² Brun and others, *Asset Recovery Handbook*, p. 131.

³³ 作为对比，见《1988 年联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约的评注》，第 11 条第 2 款，第 11.18 段。

任何相互冲突的管辖权主张之前考虑这一可能性。无论如何，根据《打击有组织犯罪公约》第 15 条第 5 款，有关缔约国可能需要进行协商，以协调其行动并解决管辖权冲突。

51. 作为对比，在《反腐败公约》实施情况审议机制方面，报告的数据表明，即使在没有相关国际协定的情况下，也可以在国际一级使用特殊侦查手段，在大量公约缔约国可以逐案进行调查。其中一些国家只有在互惠的条件下才授权使用这种手段。

D. 第 20 条第 4 款：控制下交付和相关方法

52. 第 20 条第 4 款解释说，可在国际一级使用的控制下交付办法包括拦截货物后允许其原封不动地继续运送、拦截并取出货物，或将其全部或部分取出替换。该条款规定选择哪种方法由有关缔约国决定。

53. 控制下交付是一种调查工具，尽管经常被描述为一种独特的特殊侦查手段，但其本身并非如此。相反，它是一种通常使用一系列特殊侦查办法的手段，通常是监视、秘密部署和拦截（物品和通信）。

54. 控制下交付适用于在违禁品转运过程中查明或拦截违禁品并随后在监视下进行交付，以查明预定收货人或监督违禁品随后在整个犯罪组织中的分销情况。此外，特别是在国际洗钱行动中，控制下交付已知或涉嫌为犯罪所得的资金是获取信息和证据的有效执法手段。

55. 在偷运移民案件中，还可以通过允许有组织犯罪集团转移移民来使用控制下交付，以便发现罪犯的身份或识别所使用的房地。控制下交付往往是通过联合调查进行的，因为这些罪行具有跨境性质，移民和执法当局之间的合作至关重要，而且在适当情况下必须获得授权（CTOC/COP/WG.7/2013/2，第 27 段）。

56. 由于执法人员或其他人交付违禁品本身就可能属于国内法所规定的犯罪，因此，为允许采取此类行动，通常需要在法律上作出规定。³⁴要将在控制下行动过程中获得的证据用于司法程序，许多国家要求在本国法律框架中为此类行动提供具体的法律授权，有时也要求参与控制下交付的其他国家的法律框架中提供此类授权。

57. 为确保顺利和有效地管理和控制获适当授权的行动，必须预先进行详细规划。在这方面，国内机构间合作的程序至关重要。实践证明，许多国家指定一个中央集权机构促进协调并防止混乱、对抗和风险，是有益的。在不合适作出这种选择的法域，可以考虑建立一个内部的（或许制度化的）协调机制。

五. 软法

58. 由联合国毒品和犯罪问题办公室制定的《打击有组织犯罪示范立法规定》旨在促进和协助会员国努力成为《打击有组织犯罪公约》及其各项议定书的缔约国并实施其规定，为这一领域的立法发展提供了进一步的指导。特别是，《示

³⁴ 毒品和犯罪问题办公室，《联合国打击跨国有组织犯罪公约实施立法指南》（2016 年，维也纳），第 443 段。

范立法规定》第四章除其他外提供了一个基本法律框架，以支持使用可能有助于有效应对复杂跨国犯罪的特殊侦查手段。该章第 13 条重点是控制下交付，第 14 条重点是取得和使用假身份，第 15 条重点是渗透，第 16 条重点是电子监视。

六. 人权考虑

59. 由于特殊侦查手段种类繁多，可能会引发不同层面的人权问题。例如，控制下交付由高级执法人员授权可能是合适的，而电子监视通常需要司法机构授权和监督。因此，每个主要类型的特殊侦查手段都应单独处理，以便可以为每种订立一种适当的制度。

60. 前述欧洲委员会部长理事会关于严重犯罪、包括恐怖主义行为的“特殊侦查手段”的 REC(2005)10 号建议为进一步审议提供了有用的参考工具。部长理事会在其中指出，需要兼顾通过执法确保公共安全和保障个人权利。部长理事会还认识到，制定共同标准将有助于增强公众对使用特殊侦查手段的信任。部长理事会提出了指导各国制定国家法律 and 政策的若干原则，包括：必须通过事先授权、调查期间监督或事后审查对司法当局或其他独立机构实施特殊侦查手段进行适当控制；必须确保所使用特殊侦查手段与所侦查的行为相称（奉行的原则是应使用适合实现目的的侵扰最少的办法）；各国需要制订法律，允许在法院提供通过特殊侦查手段取得的证据，同时也尊重获得公平审判的权利；必须就使用特殊侦查手段制定业务准则并进行培训；各国必须尽最大可能利用关于使用特殊侦查手段的现行司法和警察合作国际安排，必要时辅以其他安排。

61. 特殊侦查手段必须受到一定程度的仔细审查，以避免遭到滥用。《打击有组织犯罪示范立法规定》建议，要求高级官员每年向议会或相当机构报告寻求授权的次数、获准次数及使用通过授权获取的证据或信息的起诉的次数。某些法律制度可能更倾向通过独立监督机构的报告和审查等进行额外审查。在这种情况下，就可能需要设立两个层次的审查：一个层次允许全面审查，包括有明确立法授权的独立审查机构接触机密行动信息；第二个层次是面向议会或其他机构的公开审查，不披露行动信息，包括方法和来源。³⁵

A. 现代技术手段的使用及其对人权的影响

62. 基于技术的工具可以在调查中作为复杂的特殊侦查手段的创新要素使用，可能被证明是解决与犯罪有关的威胁的有用切入点。然而，在具体应用这些工具时应当谨慎，确保以负责任和合乎伦理的方式使用，避免意外后果。这一点尤为重要，因为当前和未来的许多技术可能会对个人隐私和公民自由产生严重影响。³⁶

63. 在适当控制或监督阙如或薄弱的情况下，生物识别技术和数据收集系统的扩散可能会对隐私产生侵蚀作用。此外，执法专业人员正在使用面部识别软件来更快地识别嫌疑人。然而，批评人士担心，这可能会导致政府滥用监控、企

³⁵ 毒品和犯罪问题办公室，《打击有组织犯罪示范立法规定》（2012 年，维也纳），第 64 页。

³⁶ A/CONF.234/11，第 70 段。

业操纵以及隐私终结。此外，生物识别系统的数据保留特性可能会因潜在的数据滥用而危及隐私。³⁷

64. 因此，在技术似乎可能与隐私或其他人权发生冲突的情况下，需要以两者兼顾的方法来寻找解决办法。为了避免将技术用作可能侵犯基本权利的“特洛伊木马”，需要持续监测技术发展并评估其影响。³⁸

65. 大会在其关于数字时代隐私权的第 68/167 号决议中重申了人的隐私权，这项权利规定，任何人的隐私权均不得受到任意和非法干涉。该决议吁请所有国家：审查本国涉及监控和截取通信以及收集个人数据，包括大规模监控、截取和收集方面的程序、做法、立法，通过确保充分且有效地履行本国按照国际人权法承担的所有义务来维护隐私权；设立或维护现有的独立有效的国内监督机制，使其能够确保国家通信监控、通信截获以及个人数据收集工作具备适当的透明度并接受问责。<http://www.undocs.org/a/res/68/167>

B. 证据的可采性和公平审判的考虑

66. 使用特殊侦查手段的一个重要因素是必须遵守程序上的保障，以确保通过这种手段获得的证据、包括那些涉及使用现代技术的证据，可以在法庭上被采纳。在大多数法域，收集证据的过程要求严格遵守一些防止可能滥用权力的保障措施，包括对这些手段的使用进行司法监督或独立监督，以及遵守合法性、辅助性和相称性原则。³⁹

67. 尤其是，电子证据的可采性要求遵守保障人权的既定程序（[E/CN.15/2018/6](#)，第 30 段）。在评估电子证据的可采性时，应强调在网络犯罪调查中使用特殊侦查手段必须遵守相称原则，包括动用卧底特工和远程取证，特别是利用暗网使用上述手段时，均须遵守该原则（[UNODC/CCPCJ/EG.4/2019/2](#)，第 37 段）。

68. 此外，由于创新手段在该方面的使用，对在加密货币法证侦查中获得证据的可采性适用国内程序法和国家判例的一般原则是具有挑战性的新领域，需要进一步审议和分享经验。⁴⁰

69. 《打击有组织犯罪公约》第 20 条第 1 款没有如《反腐败公约》第 50 条第 1 款明确规定的那样，要求缔约国采取措施允许法庭受理使用特殊侦查手段得出的证据。这一要素指的是缔约国有积极义务制定法律、条例和程序，为了法律确定性、正当司法和人权保护，使因使用特殊侦查手段得到的证据能够在法院受理。

³⁷ 见 Max Snijder, *Biometrics, Surveillance and Privacy: ERNCIP Thematic Group Applied Biometrics for the Security of Critical Infrastructure* (Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2016), p. 4.

³⁸ A/CONF.234/11, 第 78 段。

³⁹ Dimosthenis Chrysikos, “Special investigative techniques”, 载于 *The United Nations Convention against Corruption: A Commentary*, Cecily Rose, Michael Kubiciel and Oliver Landwehr, eds., *Oxford Commentaries on International Law Series* (Oxford, Oxford University Press, 2019), p. 507.

⁴⁰ Michael Fröwis and others, “Safeguarding the evidential value of forensic cryptocurrency investigations” (June 2019).

70. 尽管第 20 条第 1 款没有这一要素，但国家立法起草者必须考虑通过渗透/卧底行动等方式获取的证据是否可以在法院中举出，如果可以，卧底特工是否必须披露其真实身份问题。重要的是兼顾司法利益（包括打击跨国有组织犯罪的必要性）和确保被告获得公平审判的必要性。⁴¹

71. 《打击有组织犯罪公约》和《反腐败公约》都没有提及通过特殊侦查手段收集的信息的法律价值问题。因此，关于在法庭上使用这种信息作为可接受证据的条件，由有关国家考虑其法律制度的基本原则以及其法律规定的合法化和认证方法后酌情决定。

72. 欧洲人权法院在其判例中一再表示，证据的可采性主要是由国内法监管的事项。通常由国内法院评估收到的证据。欧洲法院的作用是审查整个诉讼程序、包括获取证据的方式是否公平、是否导致违反了《欧洲人权公约》第 6 条。

73. 应用特殊侦查手段特别是卧底行动本身不违反《欧洲人权公约》第 6 条第 1 款，但其使用受到限制和保障。关于对卧底特工参与卧底行动的限制，欧洲人权法院明确区分了卧底特工和密探。前者的活动仅限于收集信息，而后者实际上煽动人们实施犯罪行为。在 *Ramanoskas* 诉立陶宛案中，⁴²法院拟定了违反第 6 条第 1 款的钓鱼执法概念如下：

如果有关警官——无论是安全部队成员还是按照其指示行事的人员——不仅限于以基本上被动的方式调查犯罪活动，而是对主体施加影响，从而煽动人犯下本来不会犯下的罪行，以便能够确定罪行，即提供证据和提起诉讼，即为警察的煽动行为。

74. 任何秘密行动均应遵守调查应“基本采取被动方式”的要求。如果法庭确定某人是被煽惑作出犯罪行为，而这类活动所产生的证据是裁定某人有罪的唯一依据，则有理由确认其公平审判权受到侵犯。⁴³

75. 在评估卧底特工的行为是否逾越了对原已存在的犯罪活动的纯被动调查并构成警察煽动行为时，需要考虑的因素包括：有正当理由或确实理由怀疑该人参与了实施相关犯罪行为的初步行动、事前实施了犯罪行为或在警方接近之前有参与犯罪行为的倾向；（与前一项挂钩）卧底行动的起点；卧底特工活动的合法性；卧底特工的参与范围（即他们是否主动开始与目标人士沟通，以及是否有原已存在的谈判或协议）。

76. 从程序角度看，应当考虑到保护对抗式程序和“平等武装”原则，由检方承担证明没有煽动行为的举证责任。此外，根据《欧洲人权公约》第 6 条第 1 款，检察机关必须向辩方披露其掌握的对被告有利或不利的所有实质性证据。

⁴¹ 毒品和犯罪问题办公室，《示范立法规定》，第 70 页。

⁴² European Court of Human Rights, *Ramanauskas v. Lithuania*, application No. 74420/01, judgment of 5 February 2008.

⁴³ 同上，第 54 段；*Teixeira de Castro v. Portugal*, application No. 25829/24, judgment of 9 June 1998, paras. 35-36 and 39; *Bannikova v. Russia*, application No. 18757/06, judgment of 4 November 2010, para. 34; 及 *Baltiņš v. Latvia*, application No. 25282/07, judgment of 8 January 2013, para. 55.

七. 结论和建议

77. 本文件侧重于不同类型的特殊侦查手段，特别是那些可用于调查跨国有组织犯罪的手段，以及《打击有组织犯罪公约》第 20 条的主要构成和实施要素。

78. 国际合作工作组不妨审议导言（第一节）中提出的各种问题，作为其审议的基础。

79. 工作组还不妨将本文件作为参考材料，提请缔约方会议注意由本文件推动的讨论的主要结论，以强调在资源允许的情况下在这一领域进一步开展工作的必要性。这类工作可以执行缔约方会议第 5/8 号决议所载的前次建议，从而采取汇总表的形式指出在执行《打击有组织犯罪公约》第 20 条和使用特殊侦查手段方面可能出现的法律和实际问题，以及这些问题的可能解决办法，包括收集缔约国之间关于使用这种技术的安排或协定的实例；或者可以采取关于执行第 20 条的法律、实践和业务准则的形式。

80. 工作组还不妨建议缔约方会议：

(a) 继续鼓励缔约国酌情利用《打击有组织犯罪公约》第 20 条作为国际合作采用特殊侦查手段的法律依据；

(b) 鼓励缔约国交流特殊侦查手段领域的最佳做法和经验教训，特别是与执行《公约》第 20 条有关的最佳做法和经验教训；

(c) 鼓励缔约国促进对法官、检察官、执法人员或从事特殊侦查手段行动或监督的其他从业人员的培训活动，并请秘书处在资源允许的情况下制定和实施这一领域的技术援助活动。