

国家社会科学基金项目

全球视野与 本土架构

——秘密侦查法治化与刑事诉讼法的再修改
Mimi Zhencha Fazhigua Yu Xingshisusongfa De Zaixiugai

邓立军 著

中国社会科学出版社

广东商学院学术文库

013024531

D918
40

全球视野与 本土架构

——秘密侦查法治化与刑事诉讼法的再修改
Mimi Zhencha Fazhihua Yuxingchisusongfa De Zaixiugai



邓立军 著



北航

C1632417

中国社会科学出版社

D918
40

图书在版编目 (CIP) 数据

全球视野与本土架构: 秘密侦查法治化与刑事诉讼法的再修改/邓立军著. —北京: 中国社会科学出版社, 2012. 11

ISBN 978 - 7 - 5161 - 1711 - 8

I. ①全… II. ①邓… III. ①刑事侦查—法治—研究—中国 IV. ①D918

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 263556 号

出 版 人 赵剑英
选题策划 卢小生
责任编辑 许琳
责任校对 韩海超
责任印制 李建

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 [http: //www. csspw. cn](http://www.csspw.cn)
中文域名: 中国社科网 010 - 64070619
发 行 部 010 - 84083635
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京市大兴区新魏印刷厂
装 订 廊坊市广阳区广增装订厂
版 次 2012 年 11 月第 1 版
印 次 2012 年 11 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 41.25
插 页 2
字 数 676 千字
定 价 90.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
电话: 010 - 64009791

版权所有 侵权必究

目 录

第一章 秘密侦查的解读与诠释	1
第一节 何谓“秘密侦查”	1
一 我国关于秘密侦查概念的几种典型观点	1
二 笔者的观点——以西方法治国家为标准的考量	3
第二节 秘密侦查的特征	7
一 隐蔽性	7
二 强制性	10
三 程序性	12
四 从属性	13
第三节 秘密侦查的分类及其表现形式	14
一 外线侦查	15
二 内线侦查	21
三 技术侦察	31
四 结语	45
第二章 秘密侦查之源流变	47
第一节 两种对立的秘密侦查起源观	47
一 秘密侦查的自然起源观	47
二 秘密侦查与国家同步产生的起源观	49
第二节 中国古代的秘密侦查	50
一 中国奴隶社会的秘密侦查	50
二 中国封建社会的秘密侦查	53
第三节 中国近代的秘密侦查	68
一 清朝末期的秘密侦查	68
二 北洋政府时期的秘密侦查	71

三 国民党时期的秘密侦查	73
四 对中国近代秘密侦查的评价	81
第四节 中国现代的秘密侦查	84
一 新中国成立前秘密侦查的萌芽	84
二 新中国成立后的秘密侦查工作	89
三 对中国现代秘密侦查的评价	93
第五节 国外秘密侦查史考察	99
一 国外奴隶社会、封建社会时期的秘密侦查考察	99
二 国外主要资本主义国家的秘密侦查考察	100
第六节 本章小结	103
一 中国曾经为秘密侦查的发展作出了巨大贡献	104
二 秘密侦查的无法可依为其滥用埋下祸根，制造了无数冤假 错案，乃至灾难性后果，这是人类社会永远都必须吸取的 教训	105
三 必须将秘密侦查纳入法治化轨道，这是秘密侦查源流变 研究所得出的最重要的结论	106
第三章 秘密侦查的价值分析	107
第一节 法律价值理论研究回溯	107
一 法律价值理论研究的初步评价	107
二 刑事诉讼中“过程价值论”的提出及其意义	109
第二节 秘密侦查的价值分析	111
一 秘密侦查的外在价值	111
二 秘密侦查的内在价值	115
第三节 秘密侦查价值的冲突与衡平	121
一 秘密侦查外在价值与内在价值的冲突	122
二 秘密侦查外在价值与内在价值冲突的衡平	122
第四章 秘密侦查的伦理之维	125
第一节 从伦理学视角研究秘密侦查的意义	126
一 有利于全面、客观、准确地分析当前我国秘密侦查 之现状	126

二 为提高我国秘密侦查人员之道德素养寻求良策·····	127
三 为有效解决秘密侦查与伦理道德之间的冲突 提供多途思维·····	128
第二节 秘密侦查与伦理道德的冲突·····	129
一 欺骗性秘密侦查手段的运用失范构成对诚信原则的 强烈冲击·····	129
二 利用亲情关系来开展秘密侦查,破坏了正常的人伦关系·····	135
三 秘密侦查与职业信赖关系的冲突·····	136
第三节 伦理对秘密侦查的规范与制约·····	136
一 伦理对秘密侦查规范与制约的前提条件:秘密侦查与 民事活动的区分·····	137
二 悬赏破案时对线人务必慎行承诺·····	141
三 秘密侦查必须适度让位于伦理·····	143
第五章 外国秘密侦查制度介评(上)·····	152
第一节 英国秘密侦查制度·····	153
一 英国的通信截收·····	154
二 英国的秘密监视·····	165
三 英国的秘密人工情报源·····	171
四 对英国秘密侦查制度的分析与评价·····	174
第二节 美国秘密侦查制度·····	180
一 美国的秘密监听·····	180
二 美国的卧底侦查·····	195
三 美国的线人制度·····	203
四 对美国秘密侦查制度的分析与评价·····	212
第三节 加拿大秘密侦查制度·····	217
一 加拿大的司法窃听·····	217
二 加拿大的卧底侦查·····	230
三 加拿大的电子监控·····	235
四 对加拿大秘密侦查制度的分析与评价·····	237
第四节 日本秘密侦查制度·····	243
一 日本的秘密监听·····	243

二 日本的诱惑侦查·····	258
三 日本的秘密拍摄·····	264
四 日本的控制下交付·····	268
五 对日本秘密侦查制度的分析与评价·····	269
第六章 外国秘密侦查制度（下）·····	279
第一节 法国秘密侦查制度·····	279
一 法国秘密侦查法治化的历史演进·····	279
二 法国的秘密监听·····	283
三 法国的卧底侦查·····	290
四 法国的秘密监视·····	293
五 法国的录音与拍照·····	295
六 对法国秘密侦查制度的分析与评价·····	297
第二节 德国的秘密侦查制度·····	301
一 德国的邮件检查·····	301
二 德国的秘密监听·····	304
三 德国的卧底侦查·····	310
四 德国的秘摄秘录·····	318
五 对德国秘密侦查制度的分析与评价·····	318
第三节 意大利秘密侦查制度·····	323
一 意大利的邮件检查·····	323
二 意大利的谈话或通讯窃听·····	324
三 对意大利秘密侦查制度的分析和评价·····	326
第四节 俄罗斯秘密侦查制度·····	336
一 俄罗斯的邮件检查·····	336
二 俄罗斯的司法监听·····	338
三 对俄罗斯秘密侦查制度的分析与评价·····	342
第七章 秘密侦查的国际法考察·····	351
第一节 秘密侦查国际法律文本的初步梳理·····	351
一 对本节所涉“国际法”的内涵与外延的初步厘定·····	351
二 本书只研究特定范围内的国际法·····	352

三 在书中我们将集中研究有关秘密侦查的国际条约与 司法判例·····	352
四 为了方便理论研究的展开,我们将秘密侦查的国际法规范 初步区分为抽象性规范和具体性规范两大部分·····	353
第二节 秘密侦查的抽象性国际法规范·····	353
一 《联合国宪章》·····	354
二 《世界人权宣言》·····	355
三 《公民权利和政治权利国际公约》·····	356
四 《儿童权利公约》·····	357
五 《欧洲人权公约》·····	358
六 结论·····	363
第三节 秘密侦查的具体性国际法规范·····	368
一 秘密侦查的具体性国际法规范概览·····	368
二 具体性国际法规范中有关秘密侦查的规定·····	369
第四节 秘密侦查国际法规范的局限性及其克服·····	406
一 秘密侦查适用的案件范围依然缺乏明晰的法律边界·····	406
二 特殊侦查手段的程序法定化程度不高·····	407
三 秘密侦查手段国际一级的运用具有不确定性·····	408
第八章 我国秘密侦查的制度规范·····	409
第一节 外线侦查的制度规范·····	410
一 外线侦查的制度规范概观·····	410
二 外线侦查制度规范的特点·····	411
第二节 内线侦查的制度规范·····	411
一 公安机关制定的关于内线侦查的制度规范·····	411
二 司法行政机关制定的有关内线侦查的制度规范·····	430
三 最高人民法院制定的有关内线侦查的制度规范·····	435
第三节 技术侦察的制度规范·····	438
一 起步阶段·····	439
二 恢复、重建阶段·····	439
三 快速发展阶段·····	441
第四节 本章小结·····	443

一	从外部法律关系考察秘密侦查制度的缺陷·····	443
二	从内部法律关系考察秘密侦查制度的缺陷·····	448
第九章	我国秘密侦查的运作实践·····	456
第一节	我国秘密侦查之实证研究面临的困境与出路·····	456
一	为什么会产生这种困境?·····	457
二	国家对秘密侦查的严格控制可能导致的现实危害·····	462
三	困境下的突破·····	463
第二节	我国秘密侦查之实证研究的立场与取向·····	465
一	坚持全面观点,克服实证研究中的片面性·····	465
二	坚持实践观点,摒弃单纯的理性思辨·····	466
三	坚持定性与定量相结合的观点,摒弃单纯的定性分析法·····	466
第三节	我国秘密侦查运作实践的考察·····	467
一	秘密侦查适用范围广泛·····	467
二	秘密侦查在打击和惩治犯罪中取得巨大成效·····	468
三	秘密侦查主体的范围超越现行法框架·····	495
四	秘密侦查实践中存在诱人犯罪的情形·····	501
五	秘密侦查缺乏法律规制也为司法腐败埋了祸根,成为 滋生司法腐败的温床·····	510
六	秘密侦查所获证据材料之功能未能得到充分发挥·····	514
第四节	秘密侦查究竟何去何从:废弃抑或完善——以刑事 特情为例·····	534
一	“特情、线人不除,毒情永无宁日”?·····	534
二	对贵州省凯里市公安局废弃缉毒特情、线人工作的批判·····	541
三	结论·····	549
第十章	中国秘密侦查法治化的建构·····	550
第一节	何谓秘密侦查法治化·····	550
一	什么是法治·····	550
二	何谓秘密侦查法治化·····	553
第二节	中国秘密侦查法治化的必要性和可能性·····	554
一	秘密侦查法治化的必要性·····	554

二 秘密侦查法治化的可能性·····	559
第三节 秘密侦查法治化的现实障碍·····	563
一 秘密侦查法治化之体制障碍·····	563
二 秘密侦查法治化之观念障碍·····	564
三 秘密侦查法治化之制度障碍·····	570
四 犯罪态势恶化的严峻挑战·····	573
第四节 秘密侦查法治化的成本与风险·····	575
一 建立相关机构, 加快培训卧底侦查人员的步伐·····	576
二 加快技术侦察的建设步伐, 增强反窃听的能力·····	584
三 加强特情的建设工作·····	588
第五节 秘密侦查法治化之短期举措与长远目标·····	598
一 秘密侦查法治化之近期举措·····	598
二 秘密侦查法治化之远期目标·····	603
第六节 秘密侦查法治化的建构路径·····	604
一 我国秘密侦查法治化之基本原则·····	604
二 秘密侦查法治化之立法模式的抉择·····	611
三 秘密侦查法治化之制度设计·····	617
参考文献·····	636
后记·····	647

第一章 秘密侦查的解读与诠释

近年来，基于权力规制和人权保障的双重目的，我国法学界对秘密侦查的理论研究产生了浓厚的兴趣，但是由于相当多的学者缺乏起码的刑事侦查专业背景，加之对我国的秘密侦查实践不甚了解，这就决定了我国秘密侦查的理论研究存在诸多谬误，有些谬误甚至到了不可思议的地步，如不及时加以纠治，以讹传讹，后果将是非常严重的。为此，我们对秘密侦查的概念、特征、分类及其表现形式等基本问题进行了重新界定和深入探讨，以期引起我国法学界的注意，避免在错误的泥潭中越陷越深。

第一节 何谓“秘密侦查”

秘密侦查的概念回答的是秘密侦查的本质问题，只有弄清楚本质问题，才能够解释纷繁复杂的现象。同时，这也是我们进行秘密侦查理论研究的逻辑起点。

从笔者所了解和掌握的有关国外资料来看，似乎国外学者对秘密侦查的概念并不感兴趣，无论是国外的刑事诉讼法学著作还是刑事侦查学方面的著作，对秘密侦查的概念进行分析和研究者极为罕见，相反，他们更多的是关注各种具体的秘密侦查行为的法律规制及其实施要领。有鉴于此，对秘密侦查概念的讨论只有从我国理论界着手展开了。

一 我国关于秘密侦查概念的几种典型观点

综观国内有关论著，对秘密侦查概念的表述，比较典型的有以下几种：

(1) 秘密侦查，相对于公开侦查而言，是公安机关、国家安全机关因侦查犯罪的需要，根据国家法律，经严格批准手续，在当事人不知情的情况下对犯罪嫌疑人采取的技术侦察手段和非技术侦察手段。此外，该学者还提出了判断秘密侦查的两个标准：一是看所使用的侦查措施和手段是否为当事

人所知晓；二是看所使用的侦查措施和手段是否明确规定在法律中。^①

(2) 秘密侦查措施指的是：“为了对付危害大且侦破难度高的某些特殊犯罪，在法律规定的范围内，侦查机关针对特定案件的侦查对象，暗中搜集犯罪的证据和情报，以揭露和证实犯罪的一种具有隐蔽性和强制性的侦查措施。”^②

(3) 以“列举+概括”的方式定义秘密侦查。即在秘密侦查概念中先行列举几种较为典型的秘密侦查行为，而对于其他未能一一列举的秘密侦查行为则以其他二字加以概括。例如，“秘密侦查是指经过严格的批准程序，在严密的指挥和监控下，秘密使用跟踪、设伏、录音监听、摄像、伪装潜入等合法的手段，掌握侦查对象的动向，控制其活动，从而发现和揭露犯罪的一种侦查方法”。^③

(4) 将秘密侦查等同于技术侦察。例如，技术侦察手段亦称秘密侦查手段，是指侦查机关在办理刑事案件中，依据国家赋予的特殊侦查权力，运用各种专门的技术侦查手段和秘密侦查力量搜集证据，查明案情的专门的特殊侦查手段。^④又如，“秘密侦查也可称为技术侦察措施，是以高科技技术为装备，如电子通信技术、识别技术、计算机模拟技术、微区分析技术甚至现代测谎的运用来实施的侦查行为”。^⑤再如，技术侦察手段，亦称秘密侦查手段，是刑事侦查措施的一类，指公安机关、国家安全机关、检察机关侦查人员在办理贪污贿赂等刑事案件中，依据国家赋予的特殊侦查权力，运用各种专门的技术侦察手段和秘密侦查力量搜集证据，查明案情的专门的特殊的侦查手段。^⑥还有学者指出，所谓“秘密侦查”，即侦查机关采取隐瞒身份、目的、手段的方法，在侦查对象不知晓的情况下，发现犯罪线索，搜集犯罪证据，乃至抓捕犯罪嫌疑人的活动。由于秘密侦查往往要使用一些专门

① 刘向红：《对秘密侦查法治化的思考》，《福建公安专科学校学报》2001年第6期。

② 杨迎泽、李麒：《电话监听证据研究》，载《证据法论坛》第一卷，中国检察出版社2000年版，第385页。

③ 陈光中：《刑事诉讼法实施问题研究》，中国法制出版社2002年版。又见樊崇义《论侦查模式的转换与改革》，载郝宏奎主编《侦查论坛》第二卷，中国人民公安大学出版社2002年版，第23页。

④ 杨迎泽、李麒：《电话监听证据研析》，载《证据学论坛》第一卷，中国检察出版社2000年版，第385页。

⑤ 吴立德：《论秘密侦查手段的立法规制》，《内蒙古社会科学》（汉文版）2004年第4期。

⑥ 资罪：《论贪污贿赂案件中的技术侦查手段》，《国家检察官学院学报》1999年第2期。

的科学技术手段，所以又称为“技术侦察”。^①

二 笔者的观点——以西方法治国家为标准的考量

从上述关于秘密侦查概念之表述看来，鉴于我国法律尚未对秘密侦查的概念作出明确的规定，因而在理论界和实务界对究竟什么是秘密侦查，就必然仁者见仁、智者见智，难以达成共识。综观上述诸种关于秘密侦查的表述，虽不乏真知灼见，但又难免囿于所见，均存在程度不等的缺陷和不足，这主要表现在：

（一）缺陷之一：难以揭示秘密侦查之本质属性

秘密侦查作为一种社会现象，同样符合“现实存在的每一事物既是内容和形式的统一体，又是现象和本质的统一体”^②的哲学规律。我们要对秘密侦查的概念进行界定，就必须将秘密侦查这一纷繁复杂的现象理出个头绪来，要能充分反映秘密侦查的本质属性。综观上述诸种关于秘密侦查的定义，我们只能看出秘密侦查仅仅是一种侦查方法或侦查措施，但究竟是一种什么样的侦查方法和侦查措施，其本质属性又是什么，不得而知。

（二）缺陷之二：任意收缩秘密侦查的外延，混淆技术侦察与秘密侦查的种属关系

这是上述第4种观点犯下的浅陋错误。很显然，技术侦察与秘密侦查之间是一种种属关系。从概念的外延来看，技术侦察只能是秘密侦查的一种表现形式而已，认为秘密侦查就是技术侦察的看法显然是错误的。

首先，从秘密侦查的发展史来看，秘密侦查肇始于奴隶社会的军事斗争，但在秘密侦查漫长的发展历程中，由于生产力水平的极端低下，科学技术发展迟缓，所谓的秘密侦查其实一直是以人力侦查的方式为主，其表现形态有：跟踪盯梢、守候监视、卧底侦查、运用线人（耳目）等。正如前述，这些秘密侦查的表现形态都是通过选派秘密侦查人员或者线人、耳目以跟踪、守候、贴靠、打入等方式搜集犯罪证据，是秘密侦查人员或者线人、耳目以自己的眼、耳等自然感觉器官去发现、控制犯罪嫌疑人，而这种“发现、控制”往往是一种近距离的接触，凡是超出了眼、耳等自然感觉器官所能够控制的范围以外的领域，就是人力侦查所无法达到的了。后来，随着

① 何家弘：《关于秘密侦查立法之我见》，《法学杂志》2004年第6期。

② 李秀林等主编：《辩证唯物主义和历史唯物主义原理》第三卷，中国人民大学出版社1990年版，第207页。

科学技术的迅猛发展,并逐渐延伸到犯罪控制领域以后,才有了所谓的技术侦察问题。以电子监听技术为例,其前提必须是在人类认识和使用电能的同时,意识到可以利用电信号进行消息的传递以后才有可能。据通信发展史记载,人类社会的第一台电报机由莫尔斯在 1837 年发明,39 年后也即 1876 年贝尔发明了电话机。这样,利用电磁波不仅可以传输文字,还可以传输语言,由此大大加快了通信的发展进程。1895 年,马可尼发明了无线电设备,从而开创了无线电通信发展的道路。通信技术的发达在为人们的交流提供更快捷的途径与方法的同时,也为犯罪分子作案提供了方便,从而迫使侦查机关在必要时必须开展监听工作,这就促使监听技术在犯罪侦查中异军突起。又以密摄密录为例,它是一种典型的技术侦察措施,也同样是随着现代摄影技术的发展而发展起来的。总之,技术侦察措施是伴随着现代科技的发展而发展起来的,具有较高的科学技术含量,这是它区别于人力侦查的重要特点。

技术侦察的运用必须是处于隐蔽状态方能达到目的,如果技术侦察手段已为犯罪嫌疑人所知晓,则必然以失败告终。例如,侦查机关对犯罪嫌疑人的电话进行监听,必须以犯罪嫌疑人不知晓自己的电话已处于侦查机关的监控状态为前提,否则犯罪嫌疑人要么不使用已经被监控的电话,要么就不会通过电话谈论有关犯罪的情况,从而使电话监听归于失效。至于其他各种技术侦察手段也同样如此。这就说明,技术侦察只能是在隐蔽状态下才有运作的可能性,离开了隐蔽性,技术侦察也就不成为技术侦察了,所以技术侦察毫无疑问属于秘密侦查的范畴,但其所使用的手段是以借助现代视听、检测仪器、设备进行侦查为主,是将现代的监控、侦听科学技术的成果运用于侦查工作以对付严重的犯罪分子,具有相对的独立性,从而与人力秘密侦查相比具有明显的不同。

由此可知,技术侦察是人类社会科学技术发展到一定阶段的产物,其运作只能处于隐蔽状态下才能取得实效,因此只能将技术侦察划归秘密侦查的范畴。至于将技术侦察等同于秘密侦查的观点,必然会犯一个历史性错误,即将那些可以追溯至奴隶社会的人力秘密侦查的表现形态(如跟踪盯梢、守候监视、卧底侦查、线人耳目)排除在秘密侦查范畴以外,这显然是违背常识的。

其次,从逻辑上看,将技术侦察等同于秘密侦查是犯了混淆种属关系的错误。从种属关系上看,技术侦察只是秘密侦查的一种表现形态而已,它并非秘密侦查的全部,秘密侦查除了技术侦察以外,还包括外线侦查、内线侦

查等表现形态。

最后,从错误产生的原因来看,是由于一些学者对技术侦察实践的误读。由于技术侦察本身的高度隐蔽性,且国家对技术侦察的严密控制,不少学者几乎是在“猜想”或者“假想”的状态下展开了对技术侦察的所谓研究,这种研究成果自然也就陷入了谬误的泥淖。由于国家对技术侦察的严密控制,学法律专业或其他专业出身而又在政法类院校或者在综合类院校工作的学者是很难获取有关技术侦察的资讯的,故而对技术侦察的理解可以说很大程度上是“空想”的结果,故其结论不可能正确。

综合上述,那种认为技术侦察等同于秘密侦查的观点无论是从历史、逻辑、实践等角度来看,纯粹是对技术侦察的误读,而其产生的原因是国家对技术侦察的严密控制,从而导致诸多学者对技术侦察缺乏起码的了解,这种“雾里看花”的状态决定了上述错误的产生具有必然性。

(三) 缺陷之三:秘密侦查的主体模糊不清

要对一个概念进行准确的界定,就必须确定其主体的外延,如果一个概念的主体外延模糊不清,那么我们就很难说这个概念是准确和清晰的。从上述关于秘密侦查的定义来看,有的根本就回避了秘密侦查的主体问题,有的又任意扩大秘密侦查主体的范围,还有的将秘密侦查的主体只限定于公安机关,则显然范围过于狭窄,违反了现行法律的规定,也是对秘密侦查实践的漠视。

(四) 缺陷之四:难以划分秘密侦查与公开侦查的界限

上述第1种定义方式犯了“定义过宽”的错误,以至于使人对秘密侦查与公开侦查的界限难以区分。该学者提出的判断秘密侦查的第一个标准是“是否为当事人所知晓”,但是这里的“当事人”究竟指的是什么,无从得知,再者这一标准甚至使人误以为现场勘查、侦查实验、调查访问等也属于秘密侦查的范畴,因为这些公开侦查行为在很多情况下是在当事人不知晓的情况下展开的。该概念的第二个标准更是让人无法理解,怎么能够以“所使用的侦查手段或措施是否明确规定在法律中”来作为秘密侦查与公开侦查的标准呢,须知,“侦查手段的秘密使用并不一定等于非法。秘密相对于公开而言,非法相对于合法而言。公开不等于合法,秘密不等于非法。公开或者秘密,只表明侦查的方式不同,知晓的范围不同,并不表明是否合法”。^①由此看来,无论是公开侦查还是秘密侦查都必须在法律的框架内运

^① 宋英辉:《刑事诉讼中的技术侦查研究》,《法学研究》2004年第2期。

行,都必须以法律的规定为其实施的前提,因此,以是否明确规定在法律中作为区分公开侦查与秘密侦查的标准显然是不成立的。

针对上述关于秘密侦查定义之缺陷,该如何进行改进和完善呢?我们认为下面几点是定义秘密侦查时必须要把握的:

首先,必须明确对秘密侦查进行界定的背景。很显然,对范畴“不能把它们限定在僵硬的定义中,而是要在它们的历史或逻辑的形成过程中来加以阐明”。^①秘密侦查的发展史告诉我们,秘密侦查的内容也好,形式也罢,永远都处于一个发展和变化的过程中,我们不能把秘密侦查作为凝固的、僵化的东西来对待。奴隶制时期人们对秘密侦查的认识绝不可能等同于封建制时期,而封建制时期人们对秘密侦查的认识也必然有异于当今世界。而在当今世界,西方法治化国家与广大第三世界国家对秘密侦查的认识也肯定会有所差异。我们应该承认,在秘密侦查法治化的问题上,西方法治国家显然比我们要早迈一步,这些国家对秘密侦查的法律规制及其运作实践基本上都已步入了一个良性的发展轨道,代表着秘密侦查法治化的历史发展方向。我国的秘密侦查制度的建设要实现法治化,就必须积极学习和借鉴西方法治化国家秘密侦查制度建设成功经验,避免走弯路。因此,在对秘密侦查的概念进行界定时,我们应该在立足我国实践的基础上,注意参考和借鉴西方法治化国家的具体做法。

其次,必须兼顾我国秘密侦查的实践情况。对当今世界各国的秘密侦查进行考察,可以发现很难有两个国家的秘密侦查是完全相同或类似的。即使是同一种秘密侦查行为,在不同的国家也在诸如秘密侦查的主体、适用的案件范围、审批或认可的程序、法律救济等方面存在明显的差别。就当下而言,要设定一个国际通行的秘密侦查的定义,无异于痴人说梦,因此,秘密侦查概念的界定必须立足于我国本土的司法环境,而不是盲目“西化”和“洋化”,这是我们界定秘密侦查概念的又一出发点。

综合上述各种因素,笔者认为秘密侦查定义必须涵盖秘密侦查的主体、对象、方法、手段、目的及其本质特点在内。有鉴于此,我们可以将秘密侦查的概念界定为:

秘密侦查是指为了侦查某些具有严重社会危害性且采取公开侦查行为难以奏效的犯罪行为,依法享有侦查权的国家机关或部门在法定职权范围内,

^① 《资本论》第3卷,人民出版社1975年版,第17页。

依照法定程序,采取法定的某些隐蔽性措施以查明案情,搜集证据和查获犯罪嫌疑人的一种专门调查工作。

上述概念界定具有以下理论优点:一是限定了秘密侦查的适用范围只能是某些具有严重社会危害性的犯罪行为;二是确立了秘密侦查的从属性地位,即只有在采取公开侦查行为难以奏效的情况下方才可以适用;三是确定了秘密侦查的主体,即必须是依法享有秘密侦查权的国家机关或部门;四是确立了秘密侦查的程序条件,即依法享有秘密侦查权的国家机关或部门必须在法定职权范围内,依照法定程序实施;五是明确了秘密侦查的本质属性,即秘密侦查是一种搜集证据和查获犯罪嫌疑人的专门调查工作。由此可见,上述关于秘密侦查概念的界定既体现了秘密侦查法治化的要求,也符合我国国情,应该说是较为科学和合理的。

第二节 秘密侦查的特征

特征是事物可供识别的特殊征象和标志。秘密侦查作为一类特殊的侦查行为,与公开侦查行为相比,它具有下列显著特征:

一 隐蔽性

秘密侦查具有很强的隐蔽性,这是它区别于公开侦查的首要特征。秘密侦查之所以能起到公开侦查所无可替代的作用,就在于它本身的隐蔽性。秘密侦查一旦公开或暴露,也就自然失去了它的作用,在有些时候,还会造成犯罪嫌疑人自杀、逃跑、干扰证人作证甚至危及秘密侦查人员或其他秘密侦查力量人身安全的严重后果。

那么又应该如何理解秘密侦查的隐蔽性呢?我们认为可从下面两个方面来理解:

(一) 秘密侦查主体身份的隐蔽性

所谓“秘密侦查主体身份的隐蔽性”,指的是无论是秘密侦查人员还是秘密侦查之协助人员(刑事特情、线人或耳目),他们在实施秘密侦查时,总是隐藏了其本身的真实身份,而是将自己伪装成某个具有虚构的历史背景的成员,并以此伪装身份与犯罪嫌疑人进行周旋,在获取其信任的基础上,进行秘密取证活动。秘密侦查主体身份的隐蔽性是秘密侦查发挥功效的基础和前提。对此,美国刑事侦查学者柯克·贝尔富特一针见血地指出,“如果