



公安学文库·实务案例

总主编 何勤华 杜志淳 杨正鸣

1

侦查实务前沿 问题研究

杨正鸣 倪铁 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



公安学文库·实务案例

总主编：何勤华 桂志淳 杨正鸣

1

侦查实务前沿 问题研究

杨正鸣 倪 铁 主 编
沈臻懿 胡裕岭 副主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

侦查实务前沿问题研究 / 杨正鸣,倪铁主编. —北京:法律出版社,2016.6
(公安学文库)
ISBN 978-7-5118-9666-7

I. ①侦… II. ①杨…②倪… III. ①侦查—研究
IV. ①D918

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第146232号

侦查实务前沿问题研究	杨正鸣 倪铁 主编	策划编辑 沈小英 责任编辑 沈小英 吴 镝 装帧设计 汪奇峰
------------	-----------	--------------------------------------

© 法律出版社·中国	
开本 720毫米×960毫米 1/16	印张 22.75 字数 383千
版本 2016年6月第1版	印次 2016年6月第1次印刷
出版 法律出版社	编辑统筹 财经出版分社
总发行 中国法律图书有限公司	经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司	责任印制 吕亚莉

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843
重庆公司/023-65382816/2908	上海公司/021-62071010/1636
北京分公司/010-62534456	深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9666-7 定价:66.00元
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

主编简介

杨正鸣

法学博士，教授，现任华东政法大学刑事司法学院院长。兼任上海市犯罪学学会常务副会长、上海市司法行政研究会副会长、上海市社会治安综合治理研究会副会长、上海市社会治安综合治理研究所所长、上海市社联委员、青少年犯罪研究所所长、《犯罪研究》杂志主编。英国卢顿大学访问学者，美国国际访问计划学者。长期从事侦查学、公安学、刑事司法等学科的教学和研究。



主持上海市精品课程《侦查学》、市教委重点课程《侦查学原理》和《现场勘查学》、上海市第三期本科教育建设高地侦查学专业，主要承担教育部特色专业侦查学专业建设。主持或主要承担国家级、省部级社科项目多项，包括司法部项目“金融犯罪研究”、司法部项目“网络犯罪研究”，公安部A级重点项目“刑事法治视野下的商业秘密保护”，上海哲学社会科学项目“公共突发事件的处置及其刑事法对策研究”、“民国恐怖行为研究”，上海市公安局“暴力恐怖犯罪应急处置问题研究”、“警力配置改革问题研究”等科研项目。出版《民国时期的恐怖活动与反恐》、《转型社会与犯罪问题研究》、《金融犯罪与法律控制》、《网络犯罪及其控制》、《刑事法治视野中的商业秘密保护：以刑事保护为中心》、《突发事件应急处置前沿问题研究》、《侦查学原理》、《侦查学》等30余本著作。在各类期刊发表《侦捕诉联动机制的实践价值》、《知识产权犯罪抗制对策论》、《国际恐怖活动的社会基础与特征》、《关于信息犯罪及其侦查技术发展趋势的若干思考》、《娱乐服务场所治安问题的若干思考》等学术论文100余篇。

曾获司法部先进教师、上海市优秀青年教师、上海市育才奖等荣誉。

倪 铁

法学博士，副教授，毕业于华东政法大学诉讼法专业。现任华东政法大学刑事司法学院副院长，《青少年犯罪问题》杂志主编。主要研究领域：证据法学、侦查学、国际警务与法律文化。

兼任上海市犯罪学学会副秘书长、上海市法学期刊研究会副会长。牛津大学法外治理研究中心客座研究员、英国利兹大学犯罪学研究中心兼职研究员、澳大利亚国立大学客座研究员、荷兰鹿特丹ERASMUS大学访问学者。



副主编简介

沈臻懿

1987年生，上海浦东人。法学博士，现就职于华东政法大学刑事司法学院。兼任上海市司法鉴定协会痕迹专业委员会委员，司法鉴定人。主要从事司法鉴定制度与管理、侦查学、物证技术学研究。出版专著《笔迹鉴定视域下的同一认定研究》。担任《侦查理论前沿问题研究》、《侦查实务前沿问题研究》、《笔迹鉴定理论与实务研究》、《印章印文鉴定理论与实务研究》、《手印鉴定技术理论与实务研究》副主编。合著、参编《程序法治视野中的刑事侦查权制衡研究》、《中国侦查体制演进研究——基于现代诉讼法治的视角》、《犯罪学通论》、《物证技术学教程》、《文书司法鉴定理论与实务研究》、《犯罪现场勘查案解》、《物证技术学》、《强制医疗司法鉴定研究》、《新编经济案件司法鉴定》、《医患纠纷司法鉴定理论与疑案评析》等著作。在《中国司法鉴定》、《青少年犯罪问题》、《甘肃政法学院学报》等各类刊物发表论文40余篇。参与省部级以上课题项目5项。



胡裕岭

1987年生，山东龙口人。华东政法大学诉讼法学专业刑事侦查学方向硕士，美国李昌钰刑事鉴识中心访问学者，现就职于华东政法大学刑事司法学院。曾参与或主持国家社科、省部级课题多项，在北大中文核心期刊等杂志发表论文20余篇。



总 序

公共安全,是一个社会傍依的柱石。维护公共安全,是社会管理最为重要的目标之一,既需要相关国家机关的专门性工作,也需要民众积极参与。周恩来总理曾经指出“国家安危,公安系于一半”。切实发挥公共安全机关的职能作用,加强公安学的理论研究,丰富公安学的学术成果,打造法治公安,是推进依法治国战略、建设法治中国的重要一环。公安学是一门研究社会科学与自然科学之相关内容的交叉学科和综合学科。就相涉社会科学而言,主要是指研究调整有关国家安全与社会治安秩序的社会关系之行为规律;就自然科学而言,主要涉及各种侦查、检验等的技术手段。应该说,公安学近年来才成为一门独立的学科。2011年为适应我国高等教育、公安工作快速发展和形势不断变化的需要,根据《国家中长期教育改革和发展规划纲要(2010—2020年)》精神,国务院学位委员会、教育部增列公安学为一级学科(学科代码:0306),公安学的学科建设迎来了重大发展机遇。虽然,作为一级学科的公安学包含的二级学科内容并没有最终确定,但学界普遍认同它应当包括犯罪学、治安学、侦查学、边防管理、禁毒学等二级学科内容。当前,我国各政法院校和公安院校正如火如荼地展开

公安学学科建设。中国人民公安大学、中国刑事警察学院已建立起较为完整且成体系的公安学一级学科,二级学科体系也基本建立起来。中国政法大学、华东政法大学、西南政法大学、西北政法大学以及中南财经政法大学等院校,也已在现有公安类专业的基础上,积极筹建公安学一级学科。各省所属的公安院校也都积极开展本科层面的公安学教育,同时开始培育公安学学科建设。这是公安类专业高等教育建立动态调整机制、优化学科结构的一项重要举措,为公安学各专业学士、硕士、博士的学位授予、招生和培养提供了良好的发展平台。

华东政法大学刑事司法学院是全国高等院校中公安类专业办学历史最悠久的单位之一,也是华东地区公安类专业办学层次和水平最高的单位。自1984年起,华政已开展犯罪学专业研究生的培养工作,是国内较早开展公安类研究生教育的政法院校。其后,在刑法学专业中,设置犯罪学、青少年犯罪方向,进一步推进公安学专业理论研究。1996年诉讼法专业中增设刑事侦查专业方向获得批准,2002年在诉讼法专业中设司法鉴定方向。随即,开始招收犯罪学专业博士研究生,2008年开始招收司法鉴定专业博士研究生。由此,华东政法大学刑事司法学院在公安学建设中发挥长期积累的学科优势,整合侦查学、治安学、边防管理等专业力量,并依托司法鉴定与计算机科学与技术(网络安全)等学科作为公安学的重要支撑,形成了较为丰富的理论与实践成果。

为了迎接公安学确立为一级学科后的发展,充分利用现有优势和资源,进一步夯实、建设、发展公安学学科,我们计划出版一套《公安学文库》,第一批书目有《侦查理论前沿问题研究》、《侦查实务前沿问题研究》、《经济犯罪侦查》、《刑事专案侦查》、《传统侦查制度现代转型》、《证据调查学》、《犯罪现场勘查技术研究》、《侦查学案解》、《特大城市地铁运行安全风险及防范》、《网络犯罪侦查技术》等数十部专著、教材,力争使公安学成为我校学科建设的优势领域,成为在全国同类高校中具有鲜明的国际化、开放性特色并处于领先水平的公安学学科。

法律出版社沈小英分社长以及责任编辑为本文库的策划、出版付出了辛

勤劳动。华东政法大学科研处和发展规划处为本文库的推出进行了指导,司法鉴定中心为本文库的出版提供了经费支持。在此,我们表示诚挚的谢意。当然,对作品中可能存在的缺陷,将全部由我们负责。敬请各位读者给予批评、指正,以便我们在再版时予以改正。

何勤华 杜志淳 杨正鸣

于华东政法大学

2016年5月16日

卧底侦查的法律正当性及其规制	陈 熙	1
反贪侦查启动程序研究	缪晓琛	10
中国开展国际侦查合作问题研究	陈龙鑫	23
左手伪装笔迹特征实证统计与分析	沈臻懿	35
职务犯罪侦防一体化工作机制研究	汤纪东	56
贪污贿赂犯罪技术侦查措施适用探讨	朱颖庆	74
无直接利益冲突行为解构与应急处置研究		
——基于“伦敦骚乱”的样本分析	胡裕岭	95
刑事电子取证过程中公民隐私权保护问题研究	田 震	138
技术侦查措施法治化背景下的控制下交付	顾凯辉	176
中国军队侦查运行机制演进与完善		
——以侦查机构及其侦查权行使为视角	丁 伟	210
资本市场犯罪案件侦查研究	邬 琤	245
应急指挥方式有序化路径探析	梁晓轩	256
国际犯罪情报工作新发展及其对我国刑事侦查工作的借鉴意义		
——以美国“棱镜”计划为样本展开分析	张 钢	293
特殊案件侦查中证据规则的经济分析		
——以技术侦查与纪检自书材料为例	陈 文	328
从行为经济学的角度浅析侦查人员的违法侦查行为	邓弘懿	341

卧底侦查的法律正当性及其规制

陈 熙*

导言

随着有组织犯罪日趋严重,卧底侦查也越来越被各国所重视,不仅在实践中加以运用,在法律规制方面也加强了力度,如法治比较发达的美国、德国以及荷兰等国家就建立了比较完善的规制卧底侦查的法律制度。与此相对的是,卧底侦查虽然在我国司法实践中也得到了广泛运用,但有关这方面的法律规制却没有相关规定,这导致卧底侦查在实践中的运用存在很多问题。因此,本文期待通过对卧底侦查进行一个初步研究来起到抛砖引玉的作用,引起更多研究者对卧底侦查法律正当性及其规制进行研究。

一、卧底侦查概述

(一) 卧底侦查的概念和特征

在理论上,卧底侦查的含义一直有颇多争议,归纳起来大致有广义和狭义两种。广义的卧底侦查是指国家侦查人员或者受国家追诉机关委派的其他人员,虚构或利用某种特殊身份为掩护,骗取侦查对象的信任,打入其内部以查明犯罪事实、收集相关证据

* 陈熙,华东政法大学教师。

的一种秘密侦查手段。狭义的卧底侦查是指经特别挑选的刑事侦查人员,以隐藏其原有身份的方式,长期潜伏于所要调查的犯罪对象的组织或者环境中,在合乎法律规定的范围内,暗中搜集与犯罪活动有关的证据和情报,设法获取犯罪活动的翔实资料,为刑事侦查机关提供犯罪证据,以对抗特别危险或侦查困难度极高且难以破获的犯罪的一种侦查措施。^①

本文认为,卧底侦查是指侦查机关指派专门的侦查人员,通过伪造身份获取犯罪分子信任的方式,打入犯罪组织内部,继而获取情报、收集证据,必要时制止犯罪为任务,从而配合全案侦破或者从内部削弱、瓦解犯罪组织的一种秘密侦查方式。从卧底侦查的概念可知,卧底侦查是一种秘密性、主动性持续性侦查。

(二) 卧底侦查与相关概念辨析

为了充分理解卧底侦查的内涵,必须要将它同实践中的一些临近或相似概念作一比较,从而把握其内在特殊性。一般认为,卧底侦查同诱惑侦查、特情侦查、秘密侦查以及化装侦查内容相近,容易混淆。本文将对卧底侦查同这些概念的区别和联系作一简要分析。

1. 卧底侦查与诱惑侦查的区别

诱惑侦查是指侦查人员或其合作者设下圈套,引诱他人实施犯罪,待被诱惑者实施犯罪时将其抓获的侦查方法。^② 诱惑侦查同卧底侦查都是一种秘密侦查手段,都是“主动型侦查模式”,而且在实施过程中都或多或少地使用了一些欺骗手段,但两者的区别还是很明显的,体现在以下几个方面:持续时间不同;承担任务不同;活动方式不同;目的和适用范围不同。

2. 卧底侦查与特情侦查的区别

特情侦查是指利用刑事特情进行侦查的一种侦查策略,而刑事特情是公安机关侦查部门建立、领导和指挥的,用于搜集犯罪情报、进行专案侦查、发现和控制刑事犯罪活动的一支秘密力量。卧底侦查与特情侦查都属于秘密侦查、主动型侦查,但它们也存在明显的区别,体现在以下几个方面:实施的主体不同;是否改变身份;是否可以主导侦查;法律要求不同适用范围不同。

① 蒋石平著:《特殊侦查行为研究》,暨南大学出版社2008年版,第144页。

② 倪春乐:“卧底侦查法律问题研究”,载管光承主编:《现代侦查》,群众出版社2006年版,第62页。

3. 卧底侦查与其他概念的区别

(1) 卧底侦查与秘密侦查的区别

所谓秘密侦查是指侦查机关以揭露和证实犯罪为目的,针对侦查对象使用的,在主观上有强烈的保密要求,客观上采取了一定的保密措施,运用过程中对当事人不公开的一种侦查行为。卧底侦查和秘密侦查区别比较简单。可以说,卧底侦查是一种特殊的秘密侦查行为,而秘密侦查则包括了卧底侦查在内的一系列侦查方式,如诱惑侦查、跟踪监视、刑事监听等。

(2) 卧底侦查与化装侦查的区别

卧底侦查和化装侦查的区别也比较明显。二者分属于内外线两种不同的侦查方式。^① 化装侦查属于外线侦查的一种,是指侦查人员根据侦查活动所涉及的环境和对象,为掩护自己并麻痹侦查对象而专门改变自己的相貌、装束、言语、身份和行为目的,从而开展侦查活动以实现侦查目的的一种侦查方式,而卧底侦查则是一种内线侦查方式。

(三) 西方主要国家关于卧底侦查的立法和司法实践

1. 美国

美国是最重视人权的国家,也是世界上使用卧底侦查最为频繁的国家之一。^② 以 1984 年为例,联邦调查局一共使用 391 件卧底侦查手段,以卧底侦查手法所查缉的案件类型,包括毒品、经济、组织、贪污等各类犯罪,总花费达到 9700 多万美元。在成文法上,美国对卧底侦查的适用要件限制不多,宪法上并没有相关规定,只有 1986 年通过《洗钱防治法》(Money Laundering Controlled of 1986)明文授权政府可以使用卧底勤务(sting operation)或安置线民(informants)的方式来查缉洗钱犯罪。但由于美国是判例法的国家,以个案正义为主,透过法院个案的审判,美国积累了大量卧底侦查的指导原则。如发生于 1895 年的“格瑞姆案”(Grim v. United States)^③是美国历史上联邦最高法院裁决的第一例涉及卧底侦查的案件。美国最高法院 1932 年裁决的

^① 倪春乐:“卧底侦查法律问题研究”,载管光承主编:《现代侦查》,群众出版社 2006 年版,第 62 页。

^② 程雷著:《秘密侦查比较研究》,中国人民公安大学出版社 2008 年版,第 129 页。

^③ 格瑞姆案:美国联邦邮政局的调查人员化装成顾客,通过邮寄的方式向被告人订购淫秽违禁物品,在收到被告人邮寄来的违禁物品后,将其作为证据追诉被告人,最高法院在该案件中明确支持联邦邮政局使用这种乔装侦查手段,裁定被告人有罪。

“索瑞斯案”(Sorrells v. United States)^①是美国卧底侦查历史上另一件具有标志性意义的案件,在本案中美国联邦最高法院首次认可诱陷抗辩(entrapment defense)是无罪抗辩的实体辩护理由之一,从而奠定了卧底侦查的合法地位。

2. 德国

德国刑事司法制度历来被视为大陆法系职权主义诉讼模式的典型代表,其自身特有的许多诉讼机理、诉讼程序的设计都秉承了职权主义模式的历史传统,与英美法系的诉讼制度存在差异。就乔装侦查制度而言,德国早在1992年通过立法改革,成为欧洲代表国家之一,并且奠定了其在欧洲秘密侦查合法化过程中领跑者的地位。德国是对卧底侦查制度规定得最为详细的国家之一。

3. 荷兰

荷兰是继德国之后,较早地将卧底侦查通过明文立法的方式合法化的另一大陆法系代表国家。与德国卧底侦查制度相比,荷兰的制度与发展历史更具有自己的特色,一方面,荷兰较早且非常全面、深入地受到20世纪60年代开始的乔装侦查美国化的影响,在美国的极力帮助下,荷兰的秘密侦查手段获得了充分发展;另一方面,荷兰在2000年公布生效的《特殊侦查权法令》专门就各种秘密侦查的使用进行了规制,该法令对荷兰现行《刑事诉讼法》进行了相应的修改与增补,其规范内容之详细、立法技术之周到、立法篇幅之宏大,远非德国《刑事诉讼法》能够匹敌。

二、卧底侦查的法律正当性

(一) 卧底侦查存在的法律问题

卧底侦查人员在侦查过程中所实施的犯罪行为是否构犯罪呢?下文分两种情况探讨。

^① 索瑞斯案:美国联邦执法人员化装成游客提出向被告人索瑞斯购买半升酒,而根据当时美国的法律,售酒属于违法行为,起初被告人索瑞斯不同意售酒,但乔装人员就与被告人拉起了家常,通过描述二人共同的参战经历博得了被告人的信任,在乔装侦查人员第三次要求买酒时,被告人念及乔装侦查人员与自己的共同经历同意售酒,乔装侦查人员随即以违反联邦禁酒令将被告人逮捕。法院在审理中裁决,被告人原本是无辜的,没有任何实施犯罪的倾向性,只是在政府人员过度与值得怀疑的引诱以及不恰当地使用朋友、友谊关系的情况下,在反复、持续的引诱下实施了犯罪行为,对其定罪是极不公正的。

1. 卧底侦查人员以作为的方式实施犯罪的可罚性

总体上来讲,对于卧底侦查人员自己实施的犯罪行为是否具有免责性,应具体分析卧底侦查人员实施违法犯罪行为的原因、环境、行为的结果。首先,对于卧底侦查人员故意实施的违法犯罪,且这种违法犯罪又与其执行卧底侦查的任务无关,这种行为不具有免责性,如卧底警察嫖娼事件,曾引起社会的普遍非议,损害了警察的形象。^① 其次,对卧底侦查人员非主观意志的违法犯罪,情节轻微具有免责性,即使情节较重,亦具有免责的理论和现实基础。但对于卧底侦查人员实施杀人伤害行为,则另当别论。因为,案件的性质不能与生命的价值相提并论,案件的侦破也不能用生命来换取。如果卧底侦查人员被要求杀人,应设法推诿;如果无法推诿且预知将因此而暴露身份,引起怀疑或有危险,可通知授权者尽快撤出。^② 当然,如果卧底侦查人员因遭受无法排除的胁迫,为保全自己的生命而不得不实施杀人伤害的行为,则可以紧急避险来排除其可罚性。总之,卧底侦查人只能参与实施轻微的犯罪行为而不能实施重大的犯罪行为。^③

2. 卧底侦查人员以不作为的方式实施的违法犯罪的可罚性

卧底警察如其在卧底过程中,亲见犯罪发生而不挺身制止,是否构成不作为犯罪呢? 对此问题,笔者认为也应具体问题具体分析。首先,对于非杀伤性行为,可以看成是为保护较大的法益而牺牲较小的法益。其次,针对杀伤性行为,可依据《刑法》中的期待可能性理论加以判断。期待可能性是指在行为当时的具体情况下,能期待行为人作出合法行为的可能性。法并不强制行为人作出绝对不可能的事,只有当一个人具有期待可能性时,才有可能对行为人作出谴责。

判断卧底侦查行为的可罚性应当以该违法犯罪行为与卧底警察欲完成任务之间的关联程度为标准进行判断。如当时的行为基本上与卧底警察完成卧底任务无关,而是个人行为,应当成立违法犯罪;如当时的行为与完成卧底任务具有高度关联,^④则应具体分析,对卧底警察实施的一些非杀伤性行

① 吴丹红:“法治视野下的卧底侦查”,载《法治论丛》2005年第4期。

② 杜宇:“法治国视野中的卧底侦查”,载《环球法律评论》2006年第2期。

③ 杨明:“论卧底侦查”,载《现代法学》2005年第5期。

④ 艾明著:《秘密侦查制度研究》,中国检察出版社2006年版,第314页。

为,如吸毒、侵犯住宅、盗窃、虚造公文等,由于是以对一较小法益的侵害来保护另一较大法益(侦破重大犯罪),可阻却违法性。但对卧底警察实施的杀人伤害行为,则由于侵害的法益已远超出了所保护的法益的程度,应视为违法,但基于这种行为并不是卧底警察主动追求的,可从轻、减轻处罚。

(二) 卧底侦查行为性质分析

1. 卧底侦查的道德合理性

作为一种秘密侦查的手段,卧底侦查人员要达到刑事司法的目的难免要使用各种技侦手段,其中包含一定的“欺骗”、“教唆”等行为,甚至在关键时刻要被迫参与实施“犯罪”。因此,这种方式在一定程度上可能会损害无辜公民的合法权益,侵害犯罪嫌疑人以及其他相关人员的隐私权、自主决定权等基本人权,使犯罪嫌疑人在某种意义上沦为侦查行为的客体,这有违刑事司法保障人权的基本职能,某种意义上看是不道德的。对于卧底侦查的道德正当性,我们不能仅从其具有欺骗的色彩并可能损害犯罪嫌疑人的某些个人权益的角度出发,对其进行片面的否定。作为一种“必要的恶”,我们要从其“必要性”和“恶性”两方面加以权衡比较,综合考量,把它作为一种最后的、迫不得已的手段加以运用。^①

2. 卧底侦查的法律合理性

卧底侦查的法律合理性即是指卧底侦查的方式与侦查目的之间的内在契合性。侦查学理论认为,为对抗那些用尽了其他所有侦查方法仍无法有效对抗的犯罪,即在不得已的情况下,派遣秘密侦查人员打入犯罪集团内部,长期接触犯罪,从而获取情报、证据,在法律上也就获得了某种合理性。^②

(三) 卧底侦查的正当性和必要性

1. 卧底侦查的正当性

笔者认为,对于卧底侦查的正当性,不能简单地加以肯定或否定,既要看到卧底侦查措施在打击犯罪中的不可替代的作用,也不能忽视其潜藏的负效应,应当从深层次去探寻卧底侦查的正当性根据。因此,对于卧底警察为执行任务而为“犯罪行为”,不能简单地说可罚或不可罚,也不能一律以某种事

^① 倪春乐:“卧底侦查法律问题研究”,载管光承主编:《现代侦查》,群众出版社2006年版,第63页。

^② 同上书,第64页。

由排除其违法性,应视具体情况而论。在立法作出明确规定的情形下,卧底警察依法律授权在职权范围内所为侦查行为可依职务行为处理。法律没有明确规定,根据上级依法作出的命令所为的侦查行为是执行命令的行为。当执行任务过程中出现紧急情况,为保护国家、社会或他人的法益免受不法侵害不得已而为之的“犯罪行为”可以紧急避险论。同时,卧底侦查行为应当坚持必要性原则和最小侵害的原则,对于明显不必要的犯罪行为,卧底警察应当承担相应的民事、行政或刑事责任。^①

2. 卧底侦查的必要性

我国的卧底侦查制度主要应用于有组织犯罪。^② 有组织犯罪的重要特征在于“有组织性”,相对于无组织犯罪和个体犯罪而言,有组织犯罪的组织结构严密,其内部具有森严的等级以及明确的分工、组织成员稳定、有特定的行为规范、有完整的逃避法律制裁的防护体系,即使遭到“破坏”也无碍于整个组织。有组织犯罪的上述特点决定了有组织犯罪与一般犯罪的不同,即犯罪组织具有极强的凝聚力和反侦查能力,这使传统的侦查方式起不到实质性的作用。^③ 我们知道,传统的侦查方式是一种“被动型侦查”,它所针对的是“孤立的个人”,而面对来势汹汹的有组织犯罪,传统的侦查方式已无法满足控制犯罪的需要,为了适应这一形式,我们必须转“被动”为“主动”,采取“主动型侦查”。而卧底侦查就是“主动型侦查”中非常重要的一种。卧底侦查的必要性也正体现于此。

三、我国卧底侦查的法律规制

(一) 我国卧底侦查立法的必要性

卧底侦查在我国司法实践中已经得到广泛应用,在打击有组织犯罪的过程中发挥了重要的作用。卧底侦查具有主动性、强制性和秘密性等特征,而我国却缺少对卧底侦查的立法规制,对这一特殊的国家权力缺少规制和监督的后果就是卧底侦查在实践中被随意使用,公民的权利被肆意践踏。为了保

^① 徐公社著:《依法侦查问题研究》,群众出版社2005年版,第167页。

^② 李双其:“论黑社会性质组织犯罪侦查”,载管光承主编:《现代侦查》,群众出版社2006年版,第85页。

^③ 程雷:“秘密侦察兴起背景探究”,载郝宏奎主编:《侦查论坛》(第7卷),中国人民公安大学出版社2008年版,第30~31页。

护人民的利益,充分保障人权,对卧底侦查进行法律规制迫在眉睫。

1. 我国卧底侦查立法概况

综观我国所有的法律规范,几乎没有关于卧底侦查的规定,这给卧底侦查添加了不少神秘的色彩。

在宪法层面很难找到卧底侦查的理论依据。我国《刑事诉讼法》中也没有关于卧底侦查的规定。《国家安全法》和《人民警察法》当中有一些关于技术侦察措施的规定。由此可见,我国法律对卧底侦查几乎是只字未提。卧底侦查作为一种具有主动性、强制性和秘密性的特别侦查手段,如果没有法律的规制,极易造成对公民权利的侵害,因此,必须尽快改变关于卧底侦查立法空白的现状,对卧底侦查进行立法规制并完善相关的配套措施,以切实保护我国公民的权利。

2. 司法实践概况

虽然我国法律中缺乏对卧底侦查的规定,但是在打击有组织犯罪的司法实践中,卧底侦查的运用却相当广泛,这就产生了许多问题,主要表现在以下三个方面:缺乏法律监督制约、缺少对当事人权利的救济渠道、卧底侦查取得的证据材料的证据能力问题。

(二) 卧底侦查的立法原则

卧底侦查是一种特殊的侦查手段,因此在遵循普通侦查行为的共同原则(如合法原则、相当性原则等)之外,还必须遵守卧底侦查法定原则、安全保密性原则、精心策划原则、适度性原则以及最后手段原则等。

(三) 卧底侦查的配套机制

新《刑事诉讼法》修改虽规定了秘密侦查条款,但语言较为简单模糊,缺乏实践操作性。在我国国情基础上,借鉴发达国家的合理经验,建立起一整套适合我国国情的卧底侦查的配套机制,以使卧底侦查走向规范化,十分重要。本文认为应从以下四个方面着手。

1. 建立监督约束机制

适当的监督和约束是任何一项权力合法运作的基础,没有监督和约束的权力必然走向膨胀,因此,对于卧底侦查权同样要建立起完整的监督约束机制。本文认为,应当在明确卧底侦查的适用范围的基础上,建立起严格的卧底侦查启动和核准程序。首先,明确卧底侦查的适用范围。其次,卧底侦查