

蒋石平◎著

RESEARCH

ON PARTICULAR INVESTIGATION ACT

特殊
侦查行为
研究



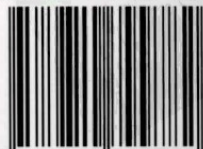
暨南大学出版社
JINAN UNIVERSITY PRESS

KONICA HEXAR LENS

RESEARCH

ON PARTICULAR INVESTIGATION ACT

ISBN 978-7-81079-978-2



9 787810 799782 >

定价: 25.00元



特殊 侦查行为研究

RESEARCH

ON PARTICULAR INVESTIGATION ACT

蒋石平◎著



暨南大学出版社
JINAN UNIVERSITY PRESS

中国·广州

图书在版编目 (CIP) 数据

特殊侦查行为研究/蒋石平著. —广州: 暨南大学出版社, 2008. 5
ISBN 978 - 7 - 81079 - 978 - 2

I. 特… II. 蒋… III. 刑事侦查—研究 IV. D918

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 028214 号

出版发行: 暨南大学出版社

地 址: 中国广州暨南大学
电 话: 总编室 (8620) 85221601
营销部 (8620) 85225284 85228291 85220693 (邮购)
传 真: (8620) 85221583 (办公室) 85223774 (营销部)
邮 编: 510630
网 址: <http://www.jnupress.com> <http://press.jnu.edu.cn>

排 版: 暨南大学出版社照排中心
印 刷: 惠州市彩丰印务有限公司

开 本: 850mm × 1168mm 1/32
印 张: 10.75
字 数: 280 千
版 次: 2008 年 5 月第 1 版
印 次: 2008 年 5 月第 1 次

定 价: 25.00 元

(暨大版图书如有印装质量问题, 请与出版社总编室联系调换)

序

我国现行刑事诉讼法没有对监听、诱惑侦查、卧底侦查等特殊侦查行为进行规定，而司法实践中，侦查机关却在大量运用这些特殊侦查手段。由于立法的缺失，侦查机关在运用特殊侦查行为时往往陷入“于法无据”的尴尬境地，所取得的材料不能直接作为证据使用，只能作为侦查线索，在不得不使用时，还需要转化为诉讼证据，极大地浪费了诉讼资源，加大了诉讼成本。我国刑事诉讼法再修改应当对特殊侦查行为作出明确、系统的规定，在学界已经达成共识，且在我主持拟定的《中华人民共和国刑事诉讼法第二修正案学者拟制稿》中已对此提出了初步的构想。而在理论研究上，近年来学界虽对特殊侦查行为有所探讨，但总体上缺乏宏观性、系统性的理论审视，蒋石平同志的新著《特殊侦查行为研究》则在这方面迈出了具有开拓性的一步。

《特殊侦查行为研究》一书选题新颖，视角独到，采取先总后分、比较研究的方法，从特殊侦查行为的基本原理入手，在论述了特殊侦查行为的含义、原则、主体、法律规制等基本问题后，分别对诱惑侦查、卧底侦查、监听、测谎、侦查实验等特殊侦查行为的内涵、域外立法以及我国的立法构想等问题进行了较为深入和系统的研究。作者在书中提出了若干创新观点，如在特殊侦查主体问题上，提出应当对我国现行刑事诉讼法规定的侦查主体进行整合，分离出一个半独立的机构，实验特殊侦查行为；在特殊侦查行为的监督问题上，针对每种特殊侦查行为的不同特点，设计了切实可行的监督机制；对在特殊侦查中获得的证据材料，提出了切合实际的审查规则，并针对特殊侦查行为容易侵害相对人权利的特点，提出了相对人寻求救济的各种途径，以免相

对人的权利受到不法侵害，并在受到不法侵害后能够及时恢复和得到补偿等。从总体上看，全书结构较为严谨，资料较为翔实，行文较为流畅，论证较为充分，具有较为重大的理论价值和实践意义，为我国规范特殊侦查行为提供了较为牢固的理论支撑，对于刑事诉讼法再修改中特殊侦查行为的制度设计具有重大参考价值。当然，本书也存在一些不足之处，有的观点值得商榷，如将侦查实验视为一种特殊侦查行为和认为私人侦探也可以作为特殊侦查行为的主体等，希望作者在今后进一步深化对上述课题的研究。

蒋石平同志一直对侦查行为有着浓厚的研究兴趣，并取得了不少关于侦查行为研究的科研成果，《特殊侦查行为研究》一书是他在这方面研究进一步深化的重要体现。作为蒋石平同志的博士指导教师，我为该书的出版感到由衷的欣慰，并期望他继续努力，在刑事诉讼法学研究领域中不断取得更加丰硕的成果。

是为序。

徐静村

2008年1月于西南政法大学

前 言

近年来，特殊侦查方法在我国的刑事司法实践中备受关注。但目前在我国，特殊侦查方式显然处于一种十分尴尬的局面。这种尴尬局面主要表现在两个方面：一是在当前的侦查实践中，侦查机关大量运用诱惑侦查、卧底侦查、监听、测谎等特殊侦查措施，这是一个不争的事实，但采取这些措施的法律依据和具体操作程序，却是保密的，包括适用的对象、适用的程序、适用的机关等均属于保密事项，普通民众包括研究者在内均不得而知；二是特殊侦查方法在我国的侦查实践中，所取得的证据不能直接作为证据使用，只能作为侦查线索，在不得不使用时，还需要转化为诉讼证据，这就浪费了诉讼资源，加大了诉讼成本。

应该说，面对日益严重的犯罪形势和新时期犯罪的特点，我国司法实践部门在目前我国立法滞后的情形之下，探索性地适用了特殊侦查行为，以满足打击犯罪的需要，具有积极的意义，但这种立法缺失的局面不能长期维持，加快对特殊侦查行为规范化的建设，迫在眉睫。而要对特殊侦查行为进行科学的规范，必须事先对它们从学理上进行细致的研究。本课题的研究成果，将为我国科学规范特殊侦查行为提供较为牢固的理论支撑。

《特殊侦查行为研究》是一部专题性论著，其采用的研究方法可谓独具匠心，颇有特色。首先，本专著运用了综合分析的方法，其表现在：既针对特殊侦查行为作了整体上的研究，也对几种重要的特殊侦查行为进行了细致的探讨。让读者在对特殊侦查行为有整体认识的基础之上，再去更好地理解各种常见的特殊侦查行为之间存在的差别，从而更好地把握每种特殊侦查行为的不同要求和应该适用的不同规则。其次，本专著非常注重采用比较

分析的方法,其表现在:在介绍国外特殊侦查行为的立法和理论时,不是作简单的介绍,而是主要从特殊侦查行为的主体、对象、适用范围、具体程序规定等各方面对典型国家进行比较研究,突出各国在特殊侦查行为立法和理论探讨方面达成的共识和存在的分歧,以便结合我国实践,有目的地进行借鉴,为我国构建系统完善的特殊侦查行为的法律规范提供有价值的建议。再次,本专著注重理论与实践的结合,特别关注解决司法实践中存在的实际问题。可以说,关于特殊侦查行为的理论探讨部分是本专著写作的手段、前提和基础,而本专著最主要的目的却是为了更好地对我国科学合理地规制特殊侦查行为提供有价值的参考建议。解决特殊侦查行为在司法实践中存在的问题,是本专著最终的落脚点。本专著突出了法学理论研究为立法和司法实践服务的目的。

在《特殊侦查行为研究》整部专著中,作者提出了一些非常重要的观点,这些观点主要包括:

第一,在目前犯罪行为日益多样化、隐蔽化和组织化,特别是没有明显被害人的犯罪增多等紧迫形势之下,普通侦查行为难以有效抑制犯罪,特殊侦查行为变得越来越不可或缺。

第二,在目前我国关于特殊侦查行为的立法欠缺之时,不能放弃特殊侦查行为的适用,同时更不能因立法的缺失,而使侦查的权力被滥用,导致相对人的权利受到不法侵害。针对我国目前特殊侦查行为已经被较为广泛地适用,但法律在该方面严重欠缺的形势,本专著一方面肯定了司法实践对法律研究和法律制定的推动作用,另一方面极力倡导借本次刑事诉讼法修改之机,完善我国关于特殊侦查行为的法律规范。

第三,特殊侦查行为在人类历史上早已存在,但在不同的历史阶段呈现出不同的特点,它的内涵和外延在人类不断的探索中得到发展。所以,在对特殊侦查行为的概念和特征的表述上,本

专著尽量揭示出特殊侦查行为本质的东西，使之具有一定的前瞻性，从而不仅能适用于目前业已存在的特殊侦查行为，也尽量把可能会出现的新特殊侦查行为囊括在内，以适应特殊侦查实务的发展。

第四，本专著提出，特殊侦查行为原则的研究特别重要，因为它既是特殊侦查行为立法的基本要求，也为特殊侦查行为在司法实践中的适用提供了最为基本的指导。为此，本专著采用了大量篇幅来阐述特殊侦查行为的适用原则，而且，既对特殊侦查行为的共同原则在总论中进行了阐述，又特别对各类特殊侦查行为应注重原则在分论中进行细述。

第五，各种特殊侦查行为之间存在不同于普通侦查行为的共性，同时还都应该有它们各自的特征、适用范围、适用的特殊场合、各自不同的适用程序和要求。而对上述因素进行细化研究，更有利于把握各类不同的特殊侦查行为的本质特征，从而在此指导之下制定出科学完善的法律，以规范特殊侦查行为在实践活动中的开展。

第六，特殊侦查行为与普通侦查行为之间、特殊侦查行为彼此之间虽然在各自的特征和法律的规制上存在着诸多不同，但有时却难以避免由于它们在司法实践中混杂使用而产生的种种问题（如各种侦查手段之间的转化、衔接、监督、证据制度等），这为侦查行为的理论研究、立法和司法实践都带来了新的课题。本专著对此也进行了一定的探讨，试图为学者以后在这方面作出更深入的研究，起到一种铺垫作用。

另外，本专著在一些问题的阐述上提出了自己独特的观点，具有诸多创新之处，具体表现在：

第一，在特殊侦查主体的问题上，本专著提出：对我国现行刑事诉讼法规定的侦查主体进行整合，分离出一个半独立的机构，实施特殊侦查行为。同时提出我国应该承认私人侦探的合法

地位,并赋予私人侦探在一定条件下行使包括特殊侦查行为在内的侦查行为的权力。第二,关于对特殊侦查行为的监督,本专著在我国现行监督制度的基础之上,提出了一套切实可行的监督体制设想,并针对每种特殊侦查行为的不同特点,呈现出它们在监督措施上的差别性。第三,特殊侦查行为的适用对象和适用范围是一个极其难以界定的问题。本专著在分论中,采用了与学界以往不同的方法,力图使这一问题既有一个原则性的指导,又尽量变得具体,从而便于司法实践部门进行操作。第四,本专著对于在通过特殊侦查行为所获得的证据问题上,提出了一套切合实践的的证据制度设想:不能一味地排除,也不能一概地采用,而应该在一定原则和规则的指导之下,采取全面分析、综合利弊的方法加以甄别并决定是否加以采信。第五,特殊侦查行为之间以及特殊与普通侦查行为之间的混合使用,在现实复杂的侦查实践中是不可避免的,所以,法律制度应该事先建立起不同侦查行为之间灵活转化的应变机制和由此而产生的各种法律问题的处理机制。

最值得一提的是,《特殊侦查行为研究》就如何对特殊侦查行为加以科学有效的法律规制,进行了深入的思考。

在结合国外对特殊侦查行为的理论研究、成功立法和司法实践的基础之上,本专著设计出一套符合中国国情的特殊侦查行为的立法建议,力图为我国刑事诉讼法的再修改提供有价值的参考。本专著对目前各种常见的,也是极为重要的特殊侦查行为的侦查主体、侦查对象、侦查范围、侦查程序、侦查监督、侦查所获得证据的适用规则等方面都进行了深入细致的研究,并运用一种独特的方式阐述自己对特殊侦查行为进行科学法律规制的思考。在此之前,国内也有不少学者作过特殊侦查行为法律规制方面的研究,但像本专著一样,如此系统而全面地对包括诱惑侦查、卧底侦查、监听、测谎以及侦查实验等五种常见的特殊侦查行为的规范进行研究的尚属首次。而且,本专著中所提出的种种

规范措施，是在比较分析了国外多年来成功的立法和司法实践，也分析了我国这些年来司法实践部门所积累的经验教训，还吸收了奋战在侦查第一线同志的有益建议的基础上而得出的。也正因为如此，本专著中所提出的关于特殊侦查行为的立法建议，应该具有高度的科学性和较强的可操作性。

如上所述，特殊侦查行为的研究不仅具有深刻的理论性，而且具有极强的实践性，笔者试图从一个新的视角阐明自己的见解，以期为我国司法实践部门在法制不健全的情形之下，开展特殊侦查行为提供有益的指导。当然，文中的一些观点尚不成熟，有待进一步推敲，望能抛砖引玉，与诸位学者共同推动与完善对特殊侦查行为之立法。

蒋石平

2008年1月

目 录

序	(1)
前 言	(1)
第一章 特殊侦查行为的一般原理	(1)
第一节 导 论	(1)
第二节 特殊侦查行为的含义	(8)
第三节 特殊侦查行为的原则	(28)
第四节 特殊侦查行为的主体	(44)
第五节 特殊侦查行为的法律规制	(58)
第六节 我国特殊侦查行为的立法建构	(79)
第二章 诱惑侦查	(99)
第一节 诱惑侦查的概念与特征	(99)
第二节 诱惑侦查的类型	(105)
第三节 国外关于诱惑侦查的立法及理论	(107)
第四节 诱惑侦查的主体	(113)
第五节 诱惑侦查的对象	(118)
第六节 诱惑侦查的合法性与合理性分析	(131)
第七节 诱惑侦查的实施原则	(138)
第八节 我国诱惑侦查的立法建议	(140)
第三章 卧底侦查	(143)
第一节 卧底侦查概述	(143)
第二节 国外卧底侦查的立法考察	(150)

第三节	我国卧底侦查的立法建议	(155)
第四章	监 听	(177)
第一节	监听制度发展的历史沿革	(178)
第二节	监听概述	(184)
第三节	监听的种类	(190)
第四节	监听的基本原则	(196)
第五节	监听的主体和对象	(203)
第六节	监听的实施	(209)
第七节	监听结果的证据效力	(218)
第八节	我国监听立法的构想	(226)
第五章	测 谎	(235)
第一节	测谎概述	(236)
第二节	测谎的历史沿革	(248)
第三节	测谎的组织与实施	(252)
第四节	国外关于测谎的立法及理论	(259)
第五节	我国测谎的现状和完善	(266)
第六节	测谎结论的证据效力	(272)
第六章	侦查实验	(288)
第一节	侦查实验的概念	(288)
第二节	国外侦查实验规则的比较	(290)
第三节	我国侦查实验的立法构建	(294)
附件	特殊侦查案例	(302)
后 记		(328)
参考文献		(329)

第一章 特殊侦查行为的一般原理

第一节 导 论

一、侦查的概念

侦查是侦查主体为有效地把握侦查客体、解决侦查主客体的矛盾而进行的一种活动,包括侦查认识活动和侦查实践活动,即侦查活动。^① 侦查是由侦查主体、侦查客体、侦查方法等各要素构成的一个有机整体。侦查主体包括侦查机关、侦查组织、侦查人员,是刑事侦查的组织者、指挥者、决策者和直接承担者,它在侦查活动中起主导作用,其作用发挥的好坏直接决定着刑事案件侦查的成败。侦查客体是指侦查主体所指向的对象——刑事案件,它是侦查得以发生和进行的基础和前提,同时也是侦查的目标,在整个侦查活动中处于优先地位。如果没有侦查客体,没有刑事案件,案件侦查就会失去方向和意义。侦查方法是联系侦查主体、侦查客体的桥梁和纽带,在侦查系统中起到工具、手段和方法的作用。可见,构成侦查活动的这三个最基本的要素在侦查系统中具有不同的功用和内容。但这三者也有一定的联系,侦查主体只有通过侦查方法,才能实现认识刑事案件(即刑事客体)的目的。通过对侦查系统内各要素及其作用关系的分析研究,不但可以反映出侦查学研究的全部内容,而且能够充分体现侦查学学科体系的整体性质。

① 王福湘.论侦查学的基本问题.辽宁公安司法管理干部学院学报,2006(3)

就侦查的定义而言,当然还有学者从诉讼进程的角度给其下了定义。侦查,是侦查机关为提起和支持公诉而进行的调查作案人和案件证据的活动。^①所谓侦查,乃为犯罪发生或有犯罪发生之嫌疑时,为提起追诉、维持追诉而寻找或保全罪犯,并收集、保全证据之行为。^②侦查是国家专门机关对可能涉嫌犯罪的案件采取专门措施和方法收集证据,查明案件真相,查获犯罪人的活动。^③上述定义基本上是从狭义上来界定侦查的,目前我国,笔者也倾向于从狭义上定义侦查。因为,从现代各国立法来看,承认私人侦探的侦查主体地位的还是占少数,其作为私人的能力十分有限,也没有强制力作其后盾;就我国而言,私人侦探的法律地位更是模糊,相关的法律规定也极不完善。

二、侦查行为的含义与分类

(一) 侦查行为的概念与特征

2

关于侦查行为的含义,它在不同的国家不同的法域有着不同的界定,基本上有广义和狭义两个层面意思的分歧。广义上的侦查行为主要在域外英美法系一些国家和地区的立法上体现出来,其认为侦查行为是侦查机关行使侦查权过程中所实施的专门的证据调查方式及保全嫌疑人的强制措施。狭义上的侦查行为主要在我国使用,专指侦查机关所进行的专门的证据调查方式,将强制措施排除在外。这一层面上的侦查行为在用语上经常与侦查手段、侦查方法等一些意思相近的语词混用。^④上文关于侦查的界定就是从狭义上来论述的,且学者们大多也是采用狭义上的侦查

① 徐静村. 刑事诉讼法(上). 北京: 法律出版社, 1997. 182

② (台) 黄东熊. 刑事诉讼法论. 台北: 三民书局, 1999. 143

③ 刘梅湘. 刑事侦查程序理论与改革研究. 北京: 中国法制出版社, 2006. 5

④ 樊学勇. 犯罪侦查程序与证据的前沿问题. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2006. 199

行为的含义,考虑到我国立法的现实状况,故本书也采用狭义侦查行为的概念。

侦查行为是一种诉讼行为,但除了具有诉讼行为的一般特征外,还由于肩负实现侦查权的目的而具有其所独有的特点。

1. 强制性

侦查行为具有强制性,首先是因为侦查权是侦查行为存在的必要前提,是实施侦查行为的依据,而侦查权本质上属于一种国家权力,国家权力对于公民来讲,不可避免地具有强制性的特征;其次,犯罪是一种激烈的社会冲突,要解决这种冲突显然需要区别于解决一般社会纠纷的方式,犯罪嫌疑人、被告人为了避免可能施加于自身的处罚,往往会千方百计地逃避侦查,毁灭、伪造证据甚至威胁、引诱证人改变证言;最后,鉴于侦查对象即犯罪行为的隐蔽性,为达到侦破案件的目的,往往也需要赋予侦查行为一定的强制性。侦查行为区别于其他普通的证据调查行为之处就在于其具有强制性这个特征。侦查行为以国家强制力为后盾,由国家授予合法的强制性权力,可以对公民的权益进行限制甚至可暂时剥夺。当然,由于侦查行为类型的不同,侦查行为所具有的强制性程度也不尽相同。

2. 行政性

侦查机关作为行政机关,其实施的行为当然也具有行政性。虽然上、下级侦查机关多是上命下从的行政隶属关系,但同时也法定范围内享有较大的裁量权,其侦查行为在本质上是一种行政行为,具有单向性的特征。虽然随着诉讼文明的发展进步与侦查程序人权保障的日益强调,在侦查程序中引入了程序性制裁机制(即在侦查程序中实行类司法的模式,构建三角式的结构,以求达到限制侦查权、控制侦查权的恣意行使的目的),然而侦查程序中的授权与制裁机制只是侦查行为的一种制约机制,不是侦查行为本身,这种程序性制裁行为不会影响到侦查行为的行政

性本质。目前在行政诉讼理论中备受争议的是侦查行为是否具有可诉性。按照传统的解释,侦查行为是一种刑事司法行为,受侵害人是不能提起行政诉讼的。这种传统的认识在很长一段时间内蒙蔽了世人的眼光,使得对侦查行为的控制较为无力。在域外一些法治国家早就开始了侦查行为司法控制的实践,除了司法令状原则以外,侦查行为的可诉性也是一种对侦查行为司法控制的典型模式,并且达到了较好地防范侦查权滥用的效果。随着我国理论研究的深入,现在认为侦查行为具有可诉性的观点不仅得到了行政诉讼法学者的认可,而且得到了大多数刑事诉讼法学者的赞同。认为侦查行为具有可诉性的观点,并不是否认其行政性,相反,行政行为可诉性理论的基点就是侦查行为是一种行政行为,是要将其纳入司法审查的范畴之中,运用司法权力对侦查行为实施控制,为权利受侵犯人提供一条可行的司法救济道路。

3. 职权性

在古代刑事法中,犯罪被视为是私人之间的纠纷,主要是通过调解或者私人决斗等私力救济方式解决,此纠纷解决过程中的证据调查程序也往往是由公民个人完成的。随着国家权威的增强,犯罪被认为是侵犯了公共利益,应由国家对犯罪行为追诉,于是侦查行为就成为了由依法享有侦查权的主体依照其法定职责实施的一种职务行为。侦查行为的职权性体现为:只有国家法律赋予侦查权的特定国家机关和个人才能实施侦查行为,任何未被授权的国家机关、团体和个人不得实施侦查行为。这样,侦查机关取代公民个人承担了其中的证据调查行为,即侦查行为,追诉活动具有了国家职权性,是代表国家来行使追诉职能的。虽然目前许多国家被追诉方也可以进行证据调查,但是这种行为在性质上只是为履行辩护职能,为被追诉方利益而进行的,与侦查机关有公权力支撑的侦查行为不可同一而论,是不具有职权性的。