

秘密侦查 法律规制研究

MIMIZHENCHA
FALU GUZHID YANJIU

陈惜珍 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

秘密侦查 法律规制研究

MINI ZHESCHA
FALU GUIZHUYANJIU

陈惜珍 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

秘密侦查法律规制研究 / 陈惜珍著. —北京: 知识产权出版社, 2017. 10

ISBN 978-7-5130-5237-5

I. ①秘… II. ①陈… III. ①刑事侦查—研究 IV. ①D918

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 254954 号

责任编辑: 彭小华

责任校对: 王 岩

封面设计: SUN 工作室

责任印制: 孙婷婷

秘密侦查法律规制研究

陈惜珍 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司 网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区气象路 50 号院 邮 编: 100081

责编电话: 010-82000860 转 8115 责编邮箱: huapxh@sina.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102 发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 北京建宏印刷有限公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 880mm×1230mm 1/32

印 张: 4.625

版 次: 2017 年 10 月第 1 版

印 次: 2017 年 10 月第 1 次印刷

字 数: 160 千字

定 价: 38.00 元

ISBN 978-7-5130-5237-5

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

目 录

第一章 秘密侦查概述.....	1
第一节 秘密侦查的概念辨析	1
一、秘密侦查的概念	1
二、秘密侦查的特征	13
第二节 秘密侦查的表现形式及分类	17
一、秘密侦查的表现形式	17
二、秘密侦查的分类	22
第三节 秘密侦查立法规制的必要性	24
一、历史发展的必然要求	24
二、促使侦查机关依法办案的必然要求	25
三、保障人权的必然要求	26
第二章 秘密侦查法律规制的理论基础	28
第一节 法治理论	29
一、法治观念的演变	29
二、法治的价值蕴含	31
三、法治语境下的秘密侦查法律规制	33

第二节 正当程序理论	34
一、正当程序的历史沿革	34
二、正当程序的含义	36
三、正当程序视野下的秘密侦查法律规制	38
第三节 权力制衡理论	40
一、权力制衡理论的产生	40
二、权力制衡理论的基本主张	43
三、权力制衡理论下的秘密侦查法律规制	45
 第三章 秘密侦查法律规制的域外考察	47
第一节 英美法系国家的秘密侦查法律规制	47
一、美国秘密侦查立法	47
二、英国秘密侦查立法	51
第二节 大陆法系国家的秘密侦查法律规制	53
一、德国秘密侦查立法	53
二、法国秘密侦查立法	55
第三节 两大法系国家秘密侦查立法所体现的 原则	58
一、法律保留原则	58
二、比例原则	60
三、特定性原则	62
四、司法审查原则	64

第四章 我国秘密侦查法律规制的不足与完善	67
第一节 我国秘密侦查法律规制评析	67
一、我国秘密侦查法律规制状况	67
二、对我国秘密侦查立法的评价	70
第二节 对2012年《刑事诉讼法》秘密侦查 立法的评价	75
一、2012年《刑事诉讼法》对秘密侦查规制的 主要内容	76
二、对2012年《刑事诉讼法》秘密侦查立法 规制的缺陷分析	83
第三节 完善对我国秘密侦查的法律规制的 思路与建议	87
一、完善我国秘密侦查法律规制的基本理念	88
二、完善我国秘密侦查法律规制应采取的立法 模式	89
三、完善我国秘密侦查法律规制的程序建构	93
四、我国秘密侦查中的救济机制	98
第五章 2012年刑事诉讼法视野下几种秘密侦查 措施的法律规制问题研究	100
第一节 隐匿身份侦查法律规制问题	101
一、隐匿身份侦查的概念	101
二、2012年《刑事诉讼法》规制隐匿身份侦查 存在的问题	102

三、隐匿身份侦查法律规制措施的完善	105
第二节 诱惑侦查法律规制问题	110
一、诱惑侦查概述	111
二、我国诱惑侦查制度存在的问题	115
三、诱惑侦查法律规制措施的完善	118
第三节 控制下交付法律规制问题	120
一、控制下交付的基础理论	121
二、我国控制下交付的法律规制现状	124
三、我国控制下交付法律规制存在的缺陷与 不足	125
四、我国控制下交付法律规制的完善	127
参考文献	131

第一章 秘密侦查概述

第一节 秘密侦查的概念辨析

一、秘密侦查的概念

作为一种有效的侦查手段，秘密侦查在世界各国的运用非常普遍。对于秘密侦查的概念界定，国外学者并不太注重，而倾向于研究秘密侦查实施过程所引发的法律问题。^① 与之相反，国内学者十分注重对秘密侦查概念的界定，这可能与国内学界对秘密侦查概念的使用较为混乱，对秘密侦查的理解较为多元有关。由于国内学界对秘密侦查的内涵和外延并未达成共识，对秘密侦查的概念进行归纳、比较还是十分必要的，有助于深化我们对秘密侦查的认识，也为进一步研究打下基础。

（一）对秘密侦查几种常见概念的辨析

综观国内有关论著，学者们在对秘密侦查概念进行描

^① 俞波涛：《秘密侦查问题研究》，中国检察出版社2008年版，第14页。

述和界定时,各具特色,有着明显的差异,例如:定义①,秘密侦查即指侦察,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,经过严格批准手续,在当事人不知情的情况下对犯罪嫌疑人采取的技术侦查和非技术侦查手段。判断秘密侦查有两个标准: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 定义②,“秘密侦查也可称为技术侦查措施,是以高科技技术为装备,如电子通讯技术,识别技术,计算机模拟技术,微区分析技术甚至现代测谎技术的运用来实施的侦查行为。”^② 定义③,“秘密侦查是指经过严格的批准程序,在严格的指挥和监控下,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 定义④,“所谓秘密侦查是指侦查机关对特定案件的侦查对象依法进行的,以揭露和证实犯罪为目的、具有一定隐蔽性和侵害性的必要的侦查活动。”^④

此外,2012年我国《刑事诉讼法》再次修改后,将技术侦查措施写入2012年《刑事诉讼法》中,赋予其合法性。学者基于《刑事诉讼法》技术侦查一节中具体包括技

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 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)》2001年第4期。

③ 樊崇义:《论侦查模式的转换和改革》,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 马静华:《秘密侦查论略》,《山东公安专科学校校报》2002年第2期。

术侦查措施、秘密侦查措施和控制下交付三类措施，从而把《刑事诉讼法》第151条中规定的“隐匿身份实施侦查”的行为理解为狭义的秘密侦查，从而使秘密侦查的概念更加多元化。^①

上述诸多关于秘密侦查的概念界定，形式上多种多样，各有侧重，有的采用“列举+概括”的方式定义秘密侦查，将典型的秘密侦查方式逐一列举，并对其他未能列举的秘密侦查行为以“其他”二字予以概括；有的将秘密侦查作为公开侦查的对立面进行解释；有的则以概括的方式描述秘密侦查的特征。从概念界定的内容上看，这些概念虽然从不同角度揭示了秘密侦查内涵的某一方面，具有一定合理之处，但没能全面准确地把握秘密侦查的本质特征，值得进一步商榷。例如，定义①以“是否为当事人所知情”为标尺衡量秘密侦查措施，并将“是否为当事人所知晓”作为“秘密”的具体判断标准，其不足之处在于这种对“秘密”的解释仅仅站在当事人的角度，从客观表现的差异来粗略区分公开侦查与秘密侦查，难以完整揭示出“秘密”之主客观相统一的特性。因为至少从形式上而言，隶属于公开侦查措施的现场勘查、侦查实验、调查访问也完全可以做到不为当事人所知晓，照此逻辑推论，则现场勘查、侦查实验、调查访问也应归属于秘密侦查措施。定义①的第二个标准，即“所使用的侦查措施和手段是否明确规定在法律中”，也存在一定问题。“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，

^① 李明：《秘密侦查法律问题研究》，中国政法大学出版社2016年版，第3页。

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。无论是公开侦查或是秘密侦查，合法性都是必要的前提，两者都必须在法律的框架内实施，都必须有法律的明确规定，否则就是非法侦查。所以，是否具有明文规定并非区分二者的标准。定义②缩小了秘密侦查的外延，将秘密侦查等同于技术侦查，犯了以偏概全的错误。以这样的定义为基础，许多秘密侦查手段（如卧底侦查、秘密监视等）就会被“放逐”于法律之外，达不到对所有秘密侦查手段都进行法律规制的目的。定义③只简单列举了秘密侦查所包含的具体行为，没有明示秘密侦查的主体、适用条件、适用范围等，更没有反映出秘密侦查的本质特征。定义④混淆了秘密侦查行为与其他侦查行为的分类根据，有将秘密侦查行为等同于强制侦查行为之嫌。因为秘密侦查行为与强制侦查行为是根据两种不同的标准对侦查作出的分类，两者不能相提并论。^②

（二）对秘密侦查的重新定义

由于上述概念存在诸多缺陷，所以有必要对秘密侦查重新定义。从秘密侦查的特征上看，其与是否需要高科技技术并无必然关联。虽然某些秘密侦查措施（如秘密监听等）确实离不开高科技的支持，但公开侦查措施也同样越来越依赖于高科技手段的协助，故使用高科技并非秘密侦

① 宋英辉：《刑事诉讼中技术侦查研究》，《法学研究》2004年第2期。

② 关于秘密侦查与强制侦查的关系，将在后文“几个相关概念的辨析”中专门论述。

查的主要（排他性）特征。笔者认为，秘密侦查之所以倍受瞩目，是由于其行为的秘密性，认定秘密侦查的基准应主要从秘密性的角度予以确定，只有全面、正确地认识和评价行为的秘密性，才能进一步抽取秘密侦查蕴涵的本质特征。

从形式上说，秘密侦查应具有行为上的秘密性。“在这里，‘秘密’作为形容词（副词）起修饰作用，表明此种侦查行为的状态，但这种状态并不是纯然客观的，而是主客观的统一。也就是说，作为秘密侦查的施行者，其行为的秘密性是行为主观内容的一部分，行为人的主观内容应当包括对行为秘密性的认识。”^① 从主客观统一的角度认识“秘密”，在法学的其他领域也并不少见。例如，刑法规定的盗窃罪要求“秘密窃取”的犯罪构成要件。^② 根据刑法理论，此处的“秘密窃取”行为应从主客观相统一的角度进行分析，只要在窃取行为过程中，犯罪分子对自己手段的隐蔽性有所认识，即便出于客观方面的某些原因（如事主反应机敏、犯罪分子盗窃手法不熟练等），导致这种秘密窃取呈现出较为公开的状态，也不影响对犯罪分子“秘密窃取”这个客观要素的认定。

基于辩证唯物主义的观点，世界上的任何事物都具有相对性。秘密也是相对于公开而言的，在秘密侦查中，这种相对性通常表现为侦查主体主观上自认为其行为是在侦查对象不知道的情况下实施的，但客观上是否被当事人发觉则在所

① 艾明：《秘密侦查制度研究》，中国检察出版社2006年版，第14页。

② 吴大华：《盗窃犯罪的惩治与防范》，西苑出版社1999年版，第9页。

不问（在现实的侦查活动中，由于某些原因，如犯罪嫌疑人的反侦查能力较强、实施人员素质不高、出现偶然情况等因素，使侦查对象明了侦查机关的秘密侦查行动的情况时有发生）。因此，从对侦查对象是否公开这一角度切入，秘密侦查是侦查机关事先自觉、有意识地使侦查行为具有一定隐蔽性，在主观态度上有强烈的保密需求（至于客观上的效果则在所不问）的活动。^①

秘密侦查的定义除了要反映侦查行为这种秘密性外，还要注重秘密侦查的法定性，即该行为作为刑事诉讼程序的组成部分，必须反映并符合程序法的特征。据此，笔者认为，所谓秘密侦查，是指法定的侦查机关以揭露和证实犯罪为目的，依照法定程序针对特定侦查对象所实施的，在主观上有强烈的保密需求，客观上采取了严格的保密措施，进而收集证据和查明案情的一种隐蔽性的侦查行为。

（三）几个相关概念的辨析

1. 秘密侦查与强制侦查

近年来在探讨国内侦查程序的基本原则时，学者们大多会提及肇始于日本的任意侦查与强制侦查的理论划分，并进而提出了任意侦查原则和强制侦查法定原则。这种讨论无疑对纠正我国侦查程序行政化治罪的倾向大有裨益，但遗憾的是，学者们在强制侦查范畴之内解读秘密侦查，无形中将秘密侦查等同于强制侦查，导致侦查理论与侦查实践之间的关系产生混乱。例如，有学者认为，“强制性实乃秘密侦查的

^① 艾明：《秘密侦查制度研究》，中国检察出版社2006年版，第14～15页。

本质特征。由于秘密侦查活动处于极其隐蔽的状态,犯罪嫌疑人对侦查机关的侦查活动毫无觉察,其权益始终处于侦查机关‘有形力’或‘无形力’的控制和威胁当中”“就应该认定为强制侦查行为,就必须接受强制侦查法定主义和司法审查主义的制约”;^①也有学者将秘密侦查法治化问题纳入强制侦查的视角来解读。^②这些情况表明,我国学者将秘密侦查与所谓的强制侦查相等同的观点颇为流行。

但是,秘密侦查与强制侦查是根据不同的分类标准得出的,二者虽然存在一定的交叉,却不能完全等同。欲明了此点,需进一步阐明日本学说中关于强制侦查与任意侦查的界分理论。

关于强制侦查与任意侦查的界限问题,在日本的刑事诉讼法学界是存在争议的。根据侦查措施是否侵犯公民个人的重要权益为标准,“使用强制措施的侦查叫强制侦查,不使用强制措施的侦查叫任意侦查”。^③对于区分强制侦查与任意侦查的核心标准,日本学界主要有以下观点:①以实施侦查措施一方的手段为标准,如果行使直接强制的有形力,就是强制措施;②不限定侵犯权益的受处分人标准说,这种观点认为,如果被处分者包括隐私权在内的权益受到侵犯,就是强制性措施;③限定侵犯权益的受处分人标准说,这种观点

① 谢佑平、邓立:《秘密侦查的解读与诠释》,《中国刑事法杂志》2005年第6期。

② 例如在刘方全的《法治视野下的强制侦查》中第六章的标题即为“秘密侦查的法治化”。

③ [日]田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪等译,法律出版社2000年版,第29页。

认为,如果被处分者的重要利益受到侵犯时,才是强制侦查性措施;^① ④双重标准说,其一为形式标准,即侦查机关采取侦查行动时是否需经当事人同意;其二为内容标准,即侦查机关采取的侦查行为是否对当事人的个人权利与法益进行了限制和侵害。^② 目前,日本的判例及学说对强制侦查和任意侦查的区分倾向于采取双重标准说。对于该学说中提到的内容标准,有学者认为,“这种对当事人的个人权利与法益进行的限制和侵害主要包括三种类型:第一即对身体、住居、财产、自由等加以宪法上令状主义所及程度直接强制之情形;第二即对身体、住居、财产、自由等,以罚则和其他制裁为间接强制之情形;第三即是应委诸于个人管理之秘密、隐私及其他权利、法益而对其管理权予以侵害而探知之情形。”^③

可见,强制侦查主要是基于对当事人的个人权利与法益的侵害而提出的。但如果仔细考查秘密侦查行为,不难发现,其并不能笼统地理解为限制或侵害当事人的个人权利与法益。除了秘密侦查行为之一种——监听符合强制侦查的双重标准外(一般认为监听侵犯了当事人的通信自由与通信秘密权),其余的诸如跟踪监视、诱惑侦查、卧底侦查等,均不能用简

① [日] 田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪等译,法律出版社2000年版,第24页。

② 陈卫东、程雷:《任意侦查与强制侦查理论之介评》,载何家弘主编:《证据法论坛》(第7卷),中国检察出版社2004年版,第21~23页。

③ [日] 香城敏吕:《警察权限之判例理论》,许义宝译,《新知译粹》第13卷第3期。

单地视作对当事人个人权利与法益的侵害。^① 例如,采取一般性的跟踪监视行为就很难被评价为限制或侵害了上述三种类型的个人权利与法益,但诱惑侦查、卧底侦查等行为之所以受人瞩目,却并非仅因为其限制或侵害了公民权益。欧洲人权法院曾经指出,“卧底目标明知自己参与了犯罪,而且‘最终冒着与卧底警察——其任务实际上是要揭发他——遭遇的风险’,因此卧底警务对隐私的侵犯更少。”这一态度本身就表明,其并不认为卧底侦查这种秘密侦查行为会对当事人的个人权利与法益具有严重的侵害性。

因此笔者以为,强制侦查与秘密侦查只是有交叉的一组概念(主要局限于监听这种行为上),而不能将二者简单等同。

2. 秘密侦查与技术侦查

技术侦查这一术语具有较为强烈的“中国特色”,一般“是指国家安全机关和公安机关为了侦查犯罪而采取的特殊侦查措施,包括电子侦听、电话监听、电子监控、秘密拍照或录像、秘密获取某些证据、邮件检查等秘密侦查的专门技术手段。”^② 在侦查实践中,技术侦查通常称为“技侦”或“行动技术”侦查。“技术侦查”被规定在旧的《国家安全法》和《人民警察法》中。1993年颁布的《国家安全法》

^① 在许多国家,跟踪监视、诱惑侦查属于警察自由裁量的任意侦查行为而不是强制侦查行为。这种情况本身即表明,一般的跟踪监视、诱惑侦查行为对当事人的个人权利与法益的直接侵害是很小的。由于现代隐私权所包含的内容非常广泛,法律对其保护的度各不相同,因此很难笼统地认为秘密侦查行为必然侵害当事人的隐私权,尽管这一说法在学界颇为流行。

^② 田郎胜、王尚新:《中华人民共和国国家安全法释义》,法律出版社1993年版,第72页。

首次确立技术侦查措施,该法第10条规定:“国家安全机关因侦察危害国家安全行为的需要,根据国家有关规定,经过严格的批准手续,可以采取技术侦察措施。”^①其后,1995年颁布的《人民警察法》第16条规定:“公安机关因侦查犯罪的需要,根据国家有关规定,经过严格的批准手续,可以采取技术侦察措施。”^②

上述有关技术侦查的传统定义自中华人民共和国成立以来获得了理论界和实务界的认同,并在学界处于通说地位。近年来,该定义受到一定的挑战。有学者认为:“所谓技术侦查,是指利用现代科学知识、方法和技术的各种侦查手段的总称。”^③我们暂且称之为技术侦查的革新定义。“从广义上讲,在刑事侦查中,多数案件都需要运用某些技术手段,如在勘验、检查中某些仪器设备的使用,为鉴别和判断某些事实而进行鉴定等。从这个意义上讲,多数案件都存在技术侦查问题。”^④

笔者以为,学者对技术侦查传统定义的解构,其理论创新精神令人敬佩,但同时也导致理论和实践中产生诸多问题。

首先,在理论层面,它混淆了刑事技术与技术侦查的界

① 1993年颁布的《中华人民共和国国家安全法》已经为2015年颁布的新的《中华人民共和国国家安全法》所替代,前者失效。

② 侦查与侦察的争论,在我国理论界由来已久,存在多种观点。笔者认为,关于侦查与侦察的争论,在推行依法治国,建设社会主义法治国家的今天,已经意义不大,无需对此耗费过多精力。作为刑事司法活动,“侦查”早在1979年通过的《中华人民共和国刑事诉讼法》中就已得到确认;之后旧的《国家安全法》和《人民警察法》虽然使用了“侦察”之术语,但“侦查”与“侦察”所指向的对象没有差异。笔者基于刑事诉讼法的规定,采用“技术侦查”的表述。

③ 宋英辉:《刑事程序中的技术侦查研究》,《法学研究》2000年第3期。

④ 宋英辉:《刑事程序中的技术侦查研究》,《法学研究》2000年第3期。