



山东工商学院法学文库 ①

总主编 张献勇 夏凤英

境外卧底侦查 比较研究

JINGWAI WODI ZHENCHA
BIJIAO YANJIU

庄乾龙◎著



中国人民公安大学出版社

17152783
753

山东工商学院法学文库 (1)

总主编 张献勇 夏凤英

境外卧底侦查比较研究

庄乾龙 著

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

境外卧底侦查比较研究/庄乾龙著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2012. 1

(山东工商学院法学文库/张献勇, 夏凤英主编)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0713 - 3

I. ①境… II. ①庄… III. ①刑事侦查—对比研究—国外

IV. ①D918

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 251876 号

山东工商学院法学文库 (1)

境外卧底侦查比较研究

庄乾龙 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2012 年 1 月第 1 版

印 次: 2012 年 1 月第 1 次

印 张: 14.375

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 387 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0713 - 3

定 价: 42.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律图书分社电话: 010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

总 序

山东工商学院（原中国煤炭经济学院）法学专业教育始于1993年。当年，学校首批招收了经济法专业专科学生。1999年，法学专业本科学生首批招生。在法学专业创办20年即将到来之际，我们拟以法学学科和专业教师的博士学位论文和国家社会科学基金项目、省部级科研项目为基础，推出“山东工商学院法学文库”。旨在展示山东工商学院法学研究成果，传播法学学术思想，为推动我国法学理论创新和指导法治建设实践尽绵薄之力。

“山东工商学院法学文库”能够面世，得益于山东工商学院对学科建设的高度重视。早在1999年，宪法学与行政法学就被确定为学校重点建设学科。经过努力，宪法学与行政法学又先后获批为山东省“十五”和“十一五”重点建设学科。2009年，宪法学与行政法学被学校列为校级强化建设学科，经济法学被列为校级重点建设学科。学校对法学学科的重视和支持，极大地调动了教师学科建设的积极性，也为本文库的顺利出版提供了有力的物质保障。

目前，法学学科点共有专业教师34人，其中教授7人，副教授13人，高级职称教师占全体教师的比例为59%。拥有博士学位的教师7人，在读博士5人，博士和在读博士占全体教师的比例达到35%。已经形成了一支方向稳定、结构合理、治学严谨、勤勉上进的学术队伍，特别是青年教师崭露头角，具有良好的研究潜力，实乃一件幸事。

法学学科点始终坚持以教学为中心,教学设施不断完善,教学改革扎实推进,教学质量稳步提高。建设了高标准的模拟法庭实验室,图书馆相关藏书丰富,建成了资料室和微机室。按照应用型人才培养要求,依据学科优势和学校特点,实施精细化、分方向人才培养模式改革,即在新生入学之始就为其确定四年就读期间的专业指导教师,在高等年级分宪法行政法和民商经济法两个专业方向实施教学。法学专业曾被评为学校优秀专业,1个教学团队被列为校级教学团队,1门课程建成了省级精品课程,3门课程建成了校级精品课程。主编教材7部,分别由法律出版社、北京大学出版社、中国民主法制出版社等出版,其中1部获得山东省普通高等学校优秀教材一等奖。1项教学成果获得山东省高等教育优秀教学成果三等奖。4篇论文被评为山东省优秀学士学位论文。截至2011年,已累计为社会培养法学本专科毕业生3000多人,得到了用人单位的普遍好评。他们正在各自的工作岗位上为法治建设增砖添瓦,为推动社会进步和实现公平正义发光发热。

法学学科点十分注重科学研究和学术交流,近年来,共主持国家社会科学基金项目4项,教育部人文社会科学研究项目、司法部法治建设与法学理论研究项目等省部级研究项目40多项,获得山东省社会科学优秀成果奖等各类奖项30余项,出版专著20余部,在《中国法学》、《法商研究》等重要学术刊物发表论文110余篇,取得了较为丰硕的研究成果。学科点先后邀请50多位知名学者来校讲学或指导,派出多名教师参加国内外重要学术会议,先后承办了2010年中国法学会行政法学会研究会年会、全省建设“平安山东”法治理论研讨会、2010年山东省法学会宪法学研究会年会、2011年山东省法学会财税金融法学会研究会年会等学术会议,学术影响逐步扩大。

我们深知，我校法学学科和专业建设起步较晚，虽然取得了一定的成绩，但与国内一流法律院校相比还有不小的差距。我们期望在我国实行“依法治国、建设社会主义法治国家”的进程中，借由本文库的出版，推动我校法学学科建设和专业建设水平的进一步提高。

最后，感谢中国人民公安大学出版社对本文库的出版给予的宝贵支持。

张献勇

2011年11月10日

序

一段时间以来，对包括卧底侦查在内的技术侦察措施及其规制问题，我国法学界展开了较为热烈的讨论，其中许多建议已为最近公布的《刑事诉讼法修正案（草案）》所吸收采纳。实际上，我国刑事侦查实践中对卧底侦查的运用由来已久，在对许多严重犯罪的惩治方面起着至关重要的作用，只是在对卧底侦查的法律规制方面存在诸多问题。如何在新的形势下重新构建或者逐步完善卧底侦查制度，是丰富技术侦察理论与实践的重要一环，更是实现惩罚犯罪与人权保障协调运行的重要现实问题。

目前，我国的卧底侦查理论研究，特别是有相应理论深度的比较研究还比较薄弱，相关理论研究对卧底侦查立法与实践的指导作用和参考价值尚有待于进一步提高。从已有研究成果的内容来看，大多是针对卧底侦查中的某个局部问题展开讨论，缺乏研究的宏观性与体系性思考。在这种背景下，《境外卧底侦查比较研究》一书的完成弥补了相关的理论空白，改善了以往研究之不足，并且兼顾了我国当前卧底侦查的立法与实践需求。应当说，这是我国对卧底侦查研究的一件大事。我作为该专著的早期读者之一，被书中关于卧底侦查的宏大构思、严谨的体系性研究以及引人入胜的阐述所震撼，同时作为该书作者庄乾龙的博士生导师，对自己的博士生在攻读博士学位期间能够取得这样深入的研究成果而感到十分欣慰。我也注意到，乾龙作为一名在高校从事教学科研工作的青年教师，在其多年的学术研究中曾多次就卧底侦查中的某些局部问题发表过很有见地的学术论文，有些论文在学术界已经产生了一定的影响并多

次被引用。可以说,《境外卧底侦查比较研究》一书并不是一朝一夕完成和一蹴而就的,而是作者多年潜心研究、深思熟虑的结果。通读全书,我感觉本书主要有以下两个显著特点:

首先,是采用比较分析的研究方法。本书摒弃了传统的对域外理论或实践单纯介绍的研究思路,采用比较分析的研究方法,将各国卧底侦查立法与司法实践情况进行横向与纵向的比较,并结合其国度历史、社会发展背景,分析其存在、发展变化原因。具体联系到我国的卧底侦查,我们应在坚持我国既有宪政制度的基础上,批判性地吸收包括资本主义国家在内的国外卧底侦查中的有益经验为我所用。本书以介绍分析英国、美国、德国、荷兰、意大利、法国、日本、我国台湾地区、我国香港特别行政区、我国澳门特别行政区以及国际公约中的卧底侦查立法与司法实践为基础,结合我国卧底侦查立法环境与司法实践情况,提出契合我国国情的立法及司法建议。

其次,是采用体系性的研究方式。本书没有单纯就卧底侦查中的某一问题展开论述,而是就卧底侦查中有关刑事法律问题进行了系统研究。全书共分五章,第一章以绪论的形式分别就卧底侦查相关概念、特征、历史发展、争议观点及立法概况进行了深入的探讨分析。第二章对卧底侦查的刑事实体法问题进行了较为广泛、深入的研究。该章以作为犯罪、不作为犯罪及共犯理论为基础,分别就卧底警察的作为犯罪、不作为犯罪及陷害教唆问题进行了深刻阐述,并结合我国现有的刑事责任实现方式论述了卧底警察的刑事实体责任承担问题。第三章主要围绕卧底侦查的程序法问题展开论证。本部分内容涉及卧底侦查程序法原则、卧底侦查程序规制及卧底侦查程序责任承担三部分内容。第四章重点对卧底侦查的刑事证据法问题进行了研究。本部分以两大诉讼模式对证据的影响差异为分析基础,分别就卧底侦查所获言词证据、实物证据之证据能力问题进行了论证,并提出构建我国卧底侦查所获证据之证据能力制度之立法建议。第五章主要涉及卧底侦查的组织管理问题,其内容包

括卧底警察管理问题、卧底侦查组织部署问题以及卧底警察权益保护问题。

总体上说，一方面，本书不仅深入而且更重要的是全面和系统地研究了卧底侦查所涉及的全部问题，提出了规制卧底侦查的“一揽子”方案，是在卧底侦查的研究方面取得的重大进步，相关研究成果必将对我国未来关于卧底侦查的立法和实践产生深远影响。另一方面，就乾龙个人而言，本书的出版作为他首部专著的面世，实现了学术研究的重大跨越，成为他学术生涯中的标志性事件。

是为序。

刘广三

2011年10月于北京

目 录

第一章 绪论	1
第一节 卧底侦查相关概念辨析	2
一、卧底侦查概念的界定	2
二、相关概念辨析	17
第二节 卧底侦查特征性分析	30
一、强制性：卧底侦查的干预性特征	31
二、隐秘性：卧底侦查的本质性特征	35
三、主动性：卧底侦查的直接性特征	36
四、连续性：卧底侦查的“超时空性”特征	38
五、融合性：卧底侦查手段的复合性特征	38
第三节 卧底侦查的历史考察	41
一、国外卧底侦查的历史考察	41
二、国内卧底侦查的历史考察	59
第四节 卧底侦查之争议	69
一、否定说	69
二、肯定说	76
三、本书观点	82
第五节 卧底侦查之立法评析	101
一、域外卧底侦查法律依据情况分析	101
二、我国卧底侦查立法现状展示	118

第二章 卧底侦查刑事实体法问题	140
第一节 卧底警察作为犯罪之可罚性分析	140
一、域外各国立法规定的考察	141
二、启示：立法模式的选择	153
三、卧底警察违法犯罪之可罚性分析	155
第二节 卧底警察陷害教唆行为研究	170
一、陷害教唆的缘起	170
二、陷害教唆的可罚性探讨	172
三、违法陷害教唆责任承担	188
第三节 卧底警察不作为犯罪行为研究	191
一、德国法考察	191
二、卧底警察不作为犯罪可罚性探讨	192
三、卧底警察不作为犯罪的立法启示	195
第四节 卧底侦查的实体责任承担	198
一、卧底警察刑事责任	198
二、卧底侦查的国家补偿与赔偿责任	204
三、卧底侦查的民事责任	206
四、卧底侦查的行政责任	207
第三章 卧底侦查刑事程序法问题	209
第一节 卧底侦查程序法原则	210
一、法律保留原则：法治化的基本要求	210
二、比例性原则：实质标准的控制	212
三、最后手段性原则：启动条件的控制	217
四、对付特殊、重大犯罪原则：对象条件控制	221
五、司法令状原则：卧底侦查的动态控制	222
六、个案正义原则：司法对立法的实现	224
第二节 卧底侦查程序法规制	226
一、卧底侦查的启动条件	226

二、卧底侦查监督控制·····	288
第三节 卧底侦查程序责任承担·····	304
一、卧底侦查程序责任承担之域外考察·····	305
二、简要评析·····	307
三、我国卧底侦查程序责任承担之构建·····	309
第四章 卧底侦查刑事证据法问题·····	318
第一节 卧底侦查所获证据之证据能力的 实务与理论考察·····	318
一、卧底侦查所获证据之证据能力域外考察·····	318
二、简要评析·····	325
三、我国卧底侦查所获证据之证据能力现状考察·····	326
四、立法启示·····	330
第二节 卧底侦查所获证据材料之证据能力分析·····	333
一、当事人主义与职权主义诉讼模式对一般证据 能力之影响分析·····	333
二、当事人主义模式与职权主义模式对卧底侦查 所获证据能力的影响·····	340
三、卧底侦查所获证据材料之证据能力分析·····	341
第三节 卧底侦查所获言词证据之证据能力分析·····	348
一、嫌疑人、被告人陈述·····	348
二、被害人陈述·····	362
三、证人证言·····	362
第四节 卧底侦查所获实物证据之证据能力分析·····	364
一、物证、书证·····	365
二、视听资料·····	366
第五节 我国卧底侦查所获证据之证据能力制度构建·····	368
一、前提性保障：确立与我国诉讼模式相符合的证据能力 制度·····	368
二、核心构建：卧底警察出庭作证制度·····	373

三、证据制度的延伸：卧底侦查所获相关证据资料的处理	381
第五章 卧底侦查组织法问题	386
第一节 卧底警察管理问题	386
一、卧底警察素质要求	386
二、卧底警察的选建	388
三、卧底警察心理评估	397
四、卧底警察的教育与考核	403
五、卧底警察档案管理	404
第二节 卧底侦查组织部署问题	405
一、卧底警察的准备工作	405
二、卧底警察的取证	409
第三节 卧底警察权益保障问题	411
一、卧底警察权益保障之必要性	412
二、卧底警察权益保障制度构建	414
主要参考文献	424
后记	444

第一章 绪 论

类似以警察卧底的方式查获犯罪的案例，在司法实务中屡有发生，涉及的相关问题极为丰富。例如，卧底侦查的适用对象一般限于侦破难度极高的毒品犯罪或有组织性犯罪；选建卧底警察时考察的因素包括经验、社会背景等；卧底警察的及时撤退问题；卧底警察与外围警察的联络问题；外围警察对卧底警察的指挥问题等。而实务中多重视卧底侦查的实际执行，对其他相关问题，如卧底警察的合法权益保障问题，卧底的监督问题涉及较少。实务中成功运用卧底侦查的案例虽不在少数，但其潜在的风险也较高。根据我国现行立法，卧底侦查没有明确的法律依据，基本处于法外运行状态。因此，许多相关问题都有待研究，如卧底侦查的适用范围、卧底侦查的启动事实条件、卧底侦查授权主体、授权内容、卧底侦查的监督主体、卧底警察涉嫌犯罪者的处理、卧底警察在涉嫌犯罪后承担的相关责任、卧底侦查所获取证据的证据能力、卧底警察的选建、卧底侦查的实施、卧底警察的合法权益保障等。

目前，能勉强作为卧底侦查规范依据的是公安机关和国家安全机关的内部操作规则，但该规则也极为笼统粗疏，缺乏可操作性。这样的制度设计虽有利于快速有效地侦破刑事案件，但因缺乏基本法律的规范，极易侵害公民的权利，导致大量“法外立法”、“法外执法”等严重背离程序法制化要求的违法现象，折射出我国刑事诉讼法在人权保障方面的重大缺陷。我国早在2000年12月就签署了《联合国打击跨国组织犯罪公约》，又在2005年10月加入了《联合国反腐败公约》，这两个公约对使用秘密侦查措施都作了

明确的规定。《联合国反腐败公约》第 50 条第 1 款规定：为了有效地打击腐败，各缔约国均应当在其本国法律制度基本原则许可的范围内并根据本国法律规定的条件在其力所能及的情况下采取必要措施，允许其主管机关在其领域内酌情使用控制下交付和在其认为适当时使用诸如电子或者其他监视形式和特工行动等其他特殊侦查手段，并允许法庭采信由这些手段产生的证据。^①《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 20 条也有类似规定，我国作为这两个公约的缔约国应该遵守公约的上述规定，允许在有组织犯罪、腐败犯罪、毒品犯罪中使用秘密侦查措施。^②作为基本对策，我国应当在结合司法实际情况的基础上，借鉴国外立法与司法实践经验，及时构建有关制度，完善相关法律，实现对卧底侦查措施的全面法律规制。

第一节 卧底侦查相关概念辨析

卧底侦查（Undercover Investigation）作为一种秘密侦查手段，与诱惑侦查、线民、乔装侦查等概念存在很大的相似之处，有必要厘清这些概念的差异与联系，以便于研究的顺利展开。

一、卧底侦查概念的界定

理论界与实务界对卧底侦查概念的界定可以说是五花八门，域外与国内学者关于卧底侦查的概念界定也有明显的不同。概念所含要素的不同会影响对卧底侦查行为性质的认识，进而影响对卧底侦查手段运用的基本态度——是重惩罚犯罪还是偏向人权保障。合理界定卧底侦查概念，有利于对卧底侦查行为属性的统一认识，在卧

① 吴高庆著：《惩治腐败犯罪之司法程序——〈联合国反腐败公约〉程序问题研究》，中国人民公安大学出版社 2006 年版，第 142～143 页。

② 莫洪宪著：《加入〈联合国打击跨国有组织犯罪公约〉对我国的影响》，中国人民公安大学出版社 2005 年版，第 164 页。

底侦查运用中还有助于协调惩罚犯罪与保障人权之间的矛盾,使其发挥应有的规范作用。

(一) 域外卧底侦查概念考察与评析

1. 域外立法考察

(1) 英美法系国家

卧底侦查可以说是一个美国化的概念,在美国的理论与研究与司法实践中,一般对卧底侦查持宽泛化的理解。根据美国《布莱克法律词典》的解释,卧底侦查是指侦查人员隐瞒真实身份进行的侦查活动。根据目前美国执法机关最为权威的参考准则——《联邦调查局卧底侦查行动准则》的规定,卧底侦查是指侦查人员使用假名或者虚假身份进行的各种侦查活动。而“按1987年美国司法部关于联邦调查局秘密侦查法,秘密人员指在联邦调查局领导和监督下进行某种侦查工作的间谍人员,在侦探过程中通过利用隐瞒和伪造资料的方法隐瞒自己的身份,不让第三人知道”。^①

总体来看,美国卧底侦查大致可以概括为侦查人员隐藏侦查身份进行的侦查活动。就涵盖范围来看,在美国的理论与实践通常有广义与狭义两种不同看法。广义卧底侦查包括的侦查手法大致可以分为四类:卧底类;共犯引诱类;被害人引诱类;其他关系类。狭义上的卧底侦查只包括第一种和第二种,即卧底侦查员装扮的虚假身份作为犯罪的共犯,卧底侦查员需要具有实施犯罪的预谋活动或者参与实施了犯罪。^②从卧底人员参与犯罪的程度上来看,美国的卧底侦查可以分为三个层次:深层、中层与浅层卧底侦查。深层卧底侦查是指侵入时间长、侵入关系最深的一种侦查方式;浅层卧底侦查主要包括街头毒品引诱行为,即由警察或线人化装成毒品买

^① [前苏联]阿·道尔戈娃、斯·吉亚科娃主编:《有组织犯罪》,莫斯科出版社1996年版,第212~213页。

^② 程雷著:《秘密侦查比较研究——以美、德、荷、英四国为样本的分析》,中国人民公安大学出版社2008年版,第129页。

家，向毒贩购买毒品，在毒品交易时当场抓获犯罪人的侦查手段；中层卧底侦查是指在短期内贴靠重大犯罪嫌疑人以获取信息的侦查方式。^①

在英国的司法实践中，卧底侦查的表现形式主要包括秘密人力情报来源（Covert Human Intelligence Resources）、卧底侦查（Undercover）、假买（Test Purchase Operation）、赃物回收店（Sting）或诱饵行动（Decoy）。其中，线人的使用是涵盖在“秘密人力情报来源”概念下的。秘密人力情报来源泛指所有为了获取犯罪信息，而采用欺骗手段与信息持有人建立或者维持某种特殊关系的侦查行为。卧底侦查行动一般专指以卧底警察为主体实施的卧底侦查。假买专指毒品犯罪或者其他交易犯罪中侦查机关经常采用的买就抓手法。赃物回收店以及设置被害人或者被侵犯物所形成的诱饵行动，主要体现了引诱手法的使用。因这些手法相对比较独立且具有自身的特点，在英国司法实践中被单列出来。但只有秘密人力情报来源受到了较全面的法律规制，具备法律依据。其他卧底侦查方式缺乏相应的成文法依据，主要通过司法判例进行规制。

（2）大陆法系国家

在德国语境中，改变身份的侦查手段，从实施主体的角度来看大致可以分为三种：秘密侦查员（Covert agent/investigator）^②、非公开侦查员（Non-overtly investigating agent）与线人。秘密侦查员在德国语境中专指卧底警察。卧底侦查专指警察改变身份后，在一定时期内连续性地使用化名潜入犯罪人的圈子实施的侦查活动。^③ 又

① Carmine J. Motto and Dale L. June (2000). Undercover. CRC Press, pp. 3-4.

② [德] 托马斯·魏根特：《德国现代侦查程序与人权保护》，刘莹译，载孙长永主编：《现代侦查取证程序》，中国检察出版社 2005 年版，第 342 页。

③ [德] 托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼程序的改革：趋势与冲突领域》，樊文译，载陈光中主编：《21 世纪域外刑事诉讼立法最新发展》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 237 页。