

广东财大法学学术文库

突破与局限

——新刑事诉讼法视野下的秘密侦查

TUPO YU JUXIAN-XIN XINGSHI SUSONGFA SHIYEXIA DE MIMI ZHENCHA

邓立军◎著



中国政法大学出版社

广东财大法学学术文库

突破与局限

——新刑事诉讼法视野下的秘密侦查

TUPO YU JUXIAN-XIN XINGSHISUONGFA SHITEXIA DE MIMI ZHENCHA

邓立军◎著



中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

突破与局限：新刑事诉讼法视野下的秘密侦查/邓立军著. —北京：中国政法大学出版社，2015. 6

ISBN 978-7-5620-6116-8

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 123780 号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm × 960mm 1/16
印 张	25.5
字 数	415 千字
版 次	2015 年 6 月第 1 版
印 次	2015 年 6 月第 1 次印刷
定 价	59.00 元

TOTAL ORDER 总序

我国的改革开放事业已进入一个全新的发展阶段。面对新形势新任务，全面建成小康社会，进而建成富强、民主、文明、和谐的社会主义现代化国家，实现中华民族伟大复兴的中国梦，必须全面推进依法治国。建设中国特色社会主义法治体系和社会主义法治国家是一项系统工程，它的推进需要全社会的共同努力，也仰赖于法学学术研究的发展和进步，需要优秀的法学理论成果的支持。

广东财经大学法学院从成立至今已经走过了22个春秋。22年来，法学院在师资队伍建设、专业建设、学科建设、人才培养、社会服务等方面都取得了突出的成绩，已经发展成为广东省乃至华南地区重要的法学人才培养基地。为了促使法学院学科建设和科学研究迈上一个新的台阶，培育一批优秀的法学研究人才，产出一批优质的理论研究成果，为国家法治建设尽一点绵薄之力，在中国政法大学出版社的大力支持下，我们组织撰写、出版这套“广东财大法学学术文库”。

“广东财大法学学术文库”以反映广东财经大学法学院教师的最新学术研究成果，促进广财法学学科建设的发展和繁荣，促进广财法学科学研究和人才培养，构建广财法律人对外学术交流的新平台，扩大广财法学的社会影响，提升广财法学的学术地位为基本宗旨。

“广东财大法学学术文库”的学术队伍具有系统而深厚的法学理论基础，宽广而扎实的法学专业知识功底，具有很强的创新意识、较高的理论造诣和较强的科研能力。入选“广东财大法学学术文库”的著作将密切关注法学学术前沿，紧密联系经济、社会发展的实际，牢牢把握时代的脉搏，坚持立足中国实际和拓展国际视野的原则，充分反映最新的法学研究思想成果，为中

国的法学研究事业添砖加瓦。

我们愿意将“广东财大法学学术文库”作为广东财经大学法学院成年的礼物，献给一直以来关心、支持、帮助法学院发展的领导、专家、朋友们，献给我们同舟共济、艰苦奋斗的同事们。

我们希望“广东财大法学学术文库”的学术成果日益丰富，成为广财法律学人茁壮成长的生机勃勃的学术园地，成为广财法学院对外展示高层次理论研究成果的重要窗口，为争奇斗艳的中国法学研究的学术大花园增添一朵亮丽的奇葩，为法学学科建设和科学研究事业的蓬勃发展，为促进中国现代法治建设和社会文明进步奉献我们的一分力量。

我们对为“广东财大法学学术文库”的策划、出版付出辛勤劳动的中国政法大学出版社的编辑、各位评审专家和编委表示衷心的感谢！

广东财经大学法学院

2015年4月12日

CONTENTS 目 录

总 序 / 1

第一章 技术侦查措施立法的考察与反思 / 1

- 一、对新刑事诉讼法技术侦查措施立法的解读 / 3
- 二、对新刑事诉讼法技术侦查措施立法的评价：侧重于缺陷的分析 / 27
- 三、改革思路与修正建议 / 36
- 四、结语 / 62

第二章 自由裁量权视野下的紧急技术侦查——以紧急监听为范例的分析 / 63

- 一、何谓紧急监听 / 64
- 二、紧急监听的法理基础与实践依据 / 64
- 三、紧急监听的比较法考察 / 66
- 四、我国紧急监听的制度建构 / 75
- 五、法律条文之拟制 / 80

第三章 新刑事诉讼法视角下技术侦查措施的法律监督 / 82

- 一、问题的提出 / 82
- 二、技术侦查措施法律监督的现实图景与批判 / 85
- 三、新刑事诉讼法背景下技术侦查措施的法律监督难点何在？ / 91
- 四、观念更新与制度重构：加强技术侦查措施法律监督的若干设想 / 100
- 五、结语 / 125

第四章 隐匿身份侦查研究——以“虚假身份”的获取与使用为中心 / 126

- 一、隐匿身份侦查概念之厘清 / 126
- 二、对新《刑事诉讼法》第 151 条第 1 款的评价 / 134

三、立法展望：以“虚假身份”的获取与使用为中心 / 149

第五章 控制下交付的国际法考察及其立法应对——兼评新《刑事诉讼法》

第 151 条第 2 款 / 164

一、控制下交付勃兴的历史背景 / 164

二、国际公约对控制下交付的规定及其历史演进 / 167

三、我国控制下交付立法的背景回溯 / 185

四、我国控制下交付立法的解读及其反思与批判 / 193

五、控制下交付立法的变革：路径抉择与制度设计的探索 / 207

第六章 秘密逮捕的当代中国命运 / 224

一、秘密逮捕条款引发了哪些担忧与质疑 / 224

二、两个无法回避的争议性问题 / 226

三、揭开秘密逮捕的神秘面纱 / 236

四、秘密逮捕历史脉络之梳理 / 253

五、秘密逮捕之立法变迁 / 267

六、秘密逮捕是否彻底消亡 / 274

第七章 秘密拘留及其合法性危机 / 276

一、什么是秘密拘留：基于国际法与国内法的二维解读 / 277

二、秘密拘留的历史与现实 / 285

三、秘密拘留与国际法的对抗与冲突 / 300

四、我国秘密拘留立法的回顾与总结 / 316

五、废除抑或完善：改革方向和途径的探索 / 331

第八章 特殊侦查措施及相关证据问题研究——以《关于办理死刑案件

审查判断证据若干问题的规定》第 35 条为中心的探讨 / 351

一、何谓特殊侦查措施 / 353

二、特殊侦查措施所获材料之证据能力的传统处置与弊端 / 371

三、特殊侦查措施所获材料之证据能力的制度变革及问题 / 376

四、改革思路与操作建议 / 383

五、余论 / 390

参考文献 / 392

后 记 / 397

第一章

技术侦查措施立法的考察与反思^{〔1〕}

由于受多种因素的影响与制约,我国秘密侦查的立法长期以来一直裹足不前。在法学界的不懈呼吁下,我国对立法规制秘密侦查的态度逐渐发生变化,由“消极回避”向“积极变革”转轨,其重要标志是2008年中央政法委《关于深化司法体制和工作机制若干问题的意见》(下文简称“中发〔2008〕19号文件”)的发布。中央在该文件中指出:“为适应新形势下依法打击重大犯罪的需要,需要明确技术侦查、秘密侦查措施适用主体、范围、审批程序以及取得证据的法律地位。”作为对“中发〔2008〕19号文件”的回应,全国人大法工委从2009年初开始着手刑事诉讼法修改方案的起草工作,有关技术侦查、秘密侦查措施的立法正式拉开序幕。^{〔2〕}2011年8月24日~26日,《刑事诉讼法修正案(草案)》^{〔3〕}提交十一届全国人大常委会第二十二次会

〔1〕 需要说明的是,《国家安全法》第10条与《人民警察法》第16条沿袭了国家安全机关、公安机关长期以来的习惯用法,采用了“技术侦察措施”的术语。我国警学界受国家安全机关、公安机关的影响也习惯使用“技术侦察措施”的术语,在少数情况下也使用“技术侦察手段”的术语,这从有关论著中可以得到印证。与警学界不同的是,法学界则将《国家安全法》与《人民警察法》中的“技术侦察措施”更换为“技术侦查措施”,并做了一些不切合侦查实践的、“漫无边际式”的所谓探索与创新,从而导致学界对“技术侦查措施”的认识极其混乱。此次刑事诉讼法修订时,虽然立法机构从统一法律用语的角度出发,抛弃了“技术侦察措施”的用法而以“技术侦查措施”代替之,而其内涵与外延与《国家安全法》、《人民警察法》以及《公安部关于技术侦察工作的规定》(绝密性文件)仍然保持了高度一致,这对厘清当前学界对“技术侦查措施”的混乱的认识应该会起到一定的指引作用。为尊重法律用语起见,本书在引用《国家安全法》第10条、《人民警察法》第16条时仍然使用“技术侦察措施”的用法,而在其他表述中则沿用新刑事诉讼法中“技术侦查措施”的用法。

〔2〕 《中国经济周刊》的记者姚冬琴就刑事诉讼法的修正采访中国人民大学法学院陈卫东教授后做了如下报道:2007年,全国人大法工委拿出一个35条的刑事诉讼法修正案草案。这个草案中没有提到技术侦查、秘密侦查这些特别侦查措施的规定。陈卫东看到后就找到法工委,表示技术侦查现在已经成为警察侦查破案一个不可缺少的手段,而且一些特殊类型的案件,像毒品犯罪案件、恐怖活动

议审议,会后,将《刑事诉讼法修正案(草案)》印发中央有关部门、各地和有关方面征求意见。2011年8月30日,全国人大在其官方网站上全文公布《刑事诉讼法修正案(草案)》向社会征求意见。根据全国人大发布的《刑事诉讼法修正案(草案)》第56条之规定:在第二编第二章第七节后增加一节,作为第八节(节标题为“技术侦查”),涵盖5个法条(第147条~151条),分别对技术侦查、秘密侦查、控制下交付的相关程序问题及其所获证据材料的适用作了规定。2011年12月26日~31日,全国人大常委会第二十四次会议对《刑事诉讼法修正案(草案)》进行了二审,根据组成人员的审议意见和各方面意见,对《刑事诉讼法修正案(草案)》中的技术侦查条款进行了修改完善。2012年3月,十一届全国人大五次会议对《刑事诉讼法修正案(草案)》进行了三审,3月14日,第十一届全国人大第五次会议表决通过了《关于修改中华人民共和国刑事诉讼法的决定》后,^[1]时任国家主席胡锦涛签署第55号主席令予以公布,自2013年1月1日起施行。

(接上页) 犯罪案件、危害国家安全犯罪案件,不靠技术手段是无法破案的,它已经成为全世界各个国家通用的手段,都有立法规定,为什么我们不规定?全国人大法工委答复的意见是:技术侦查有其敏感性。新中国成立初期毛泽东主席就说过一句话,秘密侦查不能用于党内,不能用于解决人民内部矛盾。新中国成立多年来,我们对这种措施讳莫如深,只做不说,也没有被正式写入法律,这次刑法修改对这个问题已经注意到了,这是需要研究的时候,而不是立法的时候。陈卫东又找到技术侦查的实施机关——公安部法制局。“当时公安部法制局局长是柯良栋同志,我说,‘柯局,技术侦查是为公安增添一种新的侦查手段,法制局为什么在这个问题上不说话?’他说,‘卫东老师,我跟你的观点一样,但是领导有顾虑。这样,你写文章,我给你报领导’。”(姚冬琴:“刑诉法大修内幕:四位亲历者讲述修法10年博弈”,载《中国经济周刊》2012年3月27日)。这篇报道足以表明,在“中发[2008]19号文件”发布以前,全国人大并没有对技术侦查、秘密侦查措施进行立法规制的设想,也缺乏突破“禁区”的勇气和决心。

[3] 《刑事诉讼法修正案(草案)》先后历经三次审议,依次为:十一届全国人大常委会第二十二次会议于2011年8月24日~26日对《刑事诉讼法修正案(草案)》进行了第一次审议,形成所谓的“一审稿”;十一届全国人大常委会第二十四次会议于2011年12月26日~31日对《刑事诉讼法修正案(草案)》进行了第二次审议,形成所谓的“二审稿”;十一届全国人大五次会议于2012年3月5日~14日对《刑事诉讼法修正案(草案)》进行三审。3月14日,十一届全国人民代表大会第五次会议通过《全国人民代表大会关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》,自2013年1月1日起施行,标志着刑事诉讼法第二次大修的完成。概括来看,由于在修改过程中不断吸收了来自各方面的意见导致每次审议稿的内容有所不同,但全国人大只公布了“一审稿”,而没有公布“二审稿”、“三审稿”。2011年8月30日全国人大在其官方网站(中国人大网 www.npc.gov.cn)上公布的《刑事诉讼法修正案(草案)》即为“一审稿”。

(接本页) [1] 表决结果显示,赞成2639票,反对160票,弃权57票,有16人未按表决器。

从新刑事诉讼法的规定来看,此次秘密侦查立法涉及技术侦查措施、隐匿身份侦查、控制下交付三种秘密侦查行为的法律规制问题,但很明显是以规制技术侦查措施为重心(第二编第二章第八节总计5条,其中有4条是涉及技术侦查措施),附带规制隐匿身份侦查与控制下交付。囿于研究的主题,本章将集中笔墨对技术侦查措施展开研究。

一、对新刑事诉讼法技术侦查措施立法的解读

技术侦查措施是一项重要的秘密侦查行为,在侦查实践中施行的时间可以追溯至新中国成立初期,但长期以来受“司法神秘主义”的影响而给人以十分隐秘之感,缺乏必要的法律规制,主要依靠“绝密性”的业务性规范加以控制,蕴含着侵扰公民合法权益的高度风险。技术侦查措施首次出现在法律视野的时间是1993年,是年颁布的《国家安全法》^{〔1〕}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。稍后,1995年颁布的《人民警察法》第16条再次对技术侦察措施作了类似规定: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。虽然《国家安全法》与《人民警察法》对技术侦查措施作了简单的授权性规定,但由于这两部法律属于行政法范畴,加之当时出于对技术侦查措施保密的强烈需求,立法机构不可能对技术侦查措施的相关程序问题作出详细规定,因而缺乏起码的程序法治化因子,在侦查实践中严重侵犯人权的现象时有发生,长期以来遭到了学界的严厉批判。为了强化对技术侦查措施的规范、制约和监督,防止技术侦查措施的滥用,保障公民的通讯自由权、隐私权等合法权利,此次刑事诉讼法修正正式对技术侦查措施的相关程序作了一个初步的规定,其主要内容如下:

(一) 确立了侦查机关实施技术侦查措施的时间节点

对于技术侦查措施究竟在刑事诉讼的哪一个阶段才可以适用,虽然《国家安全法》与《人民警察法》都没有作出明确的规定,但这并不会成其为—

〔1〕 第十二届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议于2014年11月1日通过了《反间谍法》,1993年2月22日第七届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过的《国家安全法》已经被废止。

个问题。因为从刑事诉讼法的流程来看，立案是刑事诉讼的开端程序，是所有刑事案件必须经过的程序，即只有经过立案才能进行侦查程序。技术侦查措施既然属于侦查行为体系中的一种，那毫无疑问也应当遵守这一法律规定。另外，我国的刑事诉讼法（无论是1979年、1996年、2012年刑事诉讼法）对除技术侦查措施以外的各种侦查行为（主要有讯问犯罪嫌疑人、询问证人、勘验、检查、搜查、查封、扣押物证、书证、鉴定、通缉）的启动均没有规定必须在立案之后，而新刑事诉讼法对技术侦查措施的启动时间节点却明确规定必须在立案之后，这样规定确实显得有点突兀、另类，那么新《刑事诉讼法》为什么要作此规定呢？^{〔1〕}笔者认为，主要出于下列原因的考量：

其一，“初查行为侦查化”的混乱现象引起了立法机构的高度警惕。根据刑事诉讼法的规定，只有经过立案后才能启动侦查程序，但从侦查实践来看，要完全彻底禁止立案前的侦查活动而又要求准确判明立案的依据是否存在是一个很棘手的问题，于是在侦查实践中就出现了在立案之前就启动了侦查程序的现象，这被称为“初查”。例如，公安机关对存在犯罪现场、尸体的案件，派员前去从事勘验、检查、鉴定等专门调查工作，这显然是一种侦查活动，但与刑事诉讼法规定的先立案后侦查的流程是相悖的。又如，《人民检察院办理刑事诉讼规则》更是对立案前的某些侦查行为的启动给予了司法解释层面的肯认，该规则在第128条规定：在举报线索的初查过程中，可以进行询问、查询、勘验、鉴定、调取证据材料等不限制被查对象人身、财产权利的措施。不得对被查对象采取强制措施，不得查封、扣押、冻结被查对象的财产。^{〔2〕}据此司法解释来看，人民检察院的初查行为包括询问、查询、勘验、鉴定、调取证据材料，但同时受到“三个限制”：第一，不得限制被查对象人身、财产权利；第二，不得对被查对象采取强制措施；第三，不得查封、扣押、冻结被查对象的财产。由此看来，在人民检察院办理自侦案件中，初查与侦查的界限似乎已经得到了明确的界分，但事实上并非如此。由于刑事

〔1〕 2012年《刑事诉讼法》在本书中称为新《刑事诉讼法》。

〔2〕 参见《人民检察院办理刑事诉讼规则》第128条。另《人民检察院办理刑事诉讼规则》第六章（立案）分为三节；依次为第一节（受案）、第二节（初查）、第三节（立案），其中第二节（初查）包括六条（第127～132条），所规定的内容涉及初查的决定主体、执行部门、初查措施，初查后的处理，初查中的备案与回复期限，等等。由于初查在人民检察院侦破自侦案件时适用较为普遍，存在的问题也不少，促使最高人民检察院不得不通过司法解释予以规范。

诉讼法对立案前的初查未作明确规定,司法解释的规制效力有限,司法实践中有些地方的检察机关经常把初查混同于侦查,在初查中违反上述“三个限制”的现象时有发生。如在初查中传唤、关押嫌疑人,进行搜查、查封、冻结、扣押也并不鲜见,由于初查活动不缜密,还导致了一些自杀、伤残、逃脱等事件的发生,而公安机关在初查活动中也存在类似现象。由此看来,在司法实践中将“初查混同于侦查”的现象较为普遍,这就使侦查行为的启动表现出极大的随意性。法学界所秉持的“立案与侦查的关系决定了立案阶段并非侦查程序,因此在立案阶段不能运用侦查手段”的观点并未被侦查机关所接受,反而呈愈演愈烈之势。也正是出于对司法实践中不少侦查机关未经立案程序即发动侦查行为的深刻忧虑,尤其是考虑到技术侦查措施潜在的巨大侵权威胁,新《刑事诉讼法》对技术侦查措施启动的时间节点作了非常明确的限制,也即未经立案程序,不得启动技术侦查措施。这是技术侦查措施启动的时间节点与其他侦查行为的重大区别,这对于防止技术侦查措施的滥用将起到积极作用。

其二,旨在遏制滥用技术侦查措施的现象。在以往的侦查实践中,有些侦查机关存在滥用技术侦查措施的现象,即在立案之前的初查阶段就采取技术侦查措施,以获取情报线索或者相关证据材料,从而造成对公民合法权益的严重侵犯。^{〔1〕}此外,也出现过技术侦查措施被滥用于政治斗争、权力斗争的案例。如2004年1月,陕西榆林市府谷县发生了县公安局政委擅自命令对县公安局局长、县人大主任实施非法监听的事件。^{〔2〕}2007年7月,陕西咸阳三原县再次发生了公安局工作人员对县委干部考察组的工作谈话进行非法监听的事件。^{〔3〕}这两起非法监听事件的发生表明了技术侦查措施极易被滥用于政治斗争、权力斗争,也表明防范技术侦查措施滥用的这根神经不能有丝毫的松弛。

〔1〕 关于在初查中使用技术侦查措施的现象目前缺乏较为全面的、系统的研究成果或者调研报告,但从一些分散、零星的报道或者论著中仍然可以发现其踪迹。例如:徐祖斌:“案件初查工作探讨”,载《检察理论研究》1995年第3期;卢乐云:“职务犯罪初查措施制度设计”,载《人民检察》2010年第18期;卢乐云:“‘初查’辨析”,载《国家检察官学院学报》2010年第6期;罗意欢:“技术侦查在职务犯罪侦查运用中的现实困境及可行性研究建议”,载佛山市南海区检察网:http://www.nanhai.jcy.gov.cn/llyt/200912/t20091221_294792.shtml,访问时间:2010年9月7日。

〔2〕 《中国青年报》2004年3月23日。

〔3〕 《华商报》2007年7月17日。

正是出于上述两方面的原因,为了防范风险,新《刑事诉讼法》第148条第1款规定:“公安机关在立案后,对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、重大毒品犯罪或者其他严重危害社会的犯罪案件,根据侦查犯罪的需要,经过严格的批准手续,可以采取技术侦查措施。”第148条第2款规定:“人民检察院在立案后,对于重大的贪污、贿赂犯罪案件以及利用职权实施的严重侵犯公民人身权利的重大犯罪案件,根据侦查犯罪的需要,经过严格的批准手续,可以采取技术侦查措施,按照规定交有关机关执行。”由此可以看出,新刑事诉讼法规定只能在法定范围内的案件立案后才能依照法律规定采取技术侦查措施,而不得在立案之前采取。但是否能够真正达到立法机构的制度设计的初衷,目前还依然难以预料,因为这受制于太多的因素。举例来说,侦查机关对不该立案的予以立案,即本来没有犯罪事实存在,或者犯罪事实显著轻微,依法不需要追究刑事责任却予以立案侦查。如果人民检察院没有切实履行立案监督职责的话,那么上述制度设计的目的就完全可能落空,这是一个值得引起高度关注的问题。

(二) 对技术侦查措施适用的案件范围进行了限定

根据新《刑事诉讼法》第148条第1款的规定,公安机关适用技术侦查措施的案件范围局限于五类案件:危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、重大毒品犯罪或者其他严重危害社会的犯罪案件,但是在理解上除了对重大毒品犯罪^{〔1〕}没有太大差异外,对危害国家安全犯罪、

〔1〕 所谓“重大毒品犯罪”,是指那些已经达到重大案件的立案标准的毒品犯罪。根据公安部《关于毒品案件立案标准的通知》(〔1988〕公(刑)字第60号)之规定,毒品案件依据涉案毒品的数量以及其他特殊犯罪情节可以分别立为一般案件、重大案件、特别重大案件。如非法制造、贩卖、运输鸦片、海洛因、吗啡、大麻或其他毒品,不论数量多少,原则上均应立案,但只有达到法定的数量标准或者具有其他特殊犯罪情节的,才能立为重大案件或者特别重大案件,否则就应该立为一般案件。举例来说,非法制造、贩卖、运输鸦片500克以上,海洛因10克以上及同等数量的假毒品的,应该立为重大案件。至于其他应该被列为重大案件的情形还包括:境内外犯罪分子相互勾结,入出境贩毒的;组织贩毒集团,长途贩运、倒卖毒品的;提供场所和毒品容留他人吸食,从中牟利,屡教不改的;等等。至于其他应该被列为特别重大案件的情形还包括:非法制造、贩卖、运输鸦片5000克以上,海洛因50克以上的;武装贩运、走私毒品的;制造、贩卖、运输毒品,并以暴力抗拒检查或者拒捕的;组织或者参与国际贩毒集团制造、贩卖、运输毒品的。从新《刑事诉讼法》的第148条的规定来看,只有被列为重大案件的毒品犯罪才可以适用技术侦查措施。根据“举轻以明重”的法则,既然“重大毒品犯罪”可以适用技术侦查措施,那么“特别重大毒品犯罪”自然也就毫无疑问可以适用技术侦查措施。

恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、其他严重危害社会的犯罪案件的理解学术界与实务界均存在很大差异。

以危害国家安全犯罪为例。法学界普遍认为就是指《刑法》分则第一章规定的危害国家安全罪，总计包括 12 个罪名，即背叛国家罪（第 102 条）；分裂国家罪（第 103 条第 1 款）；煽动分裂国家罪（第 103 条第 2 款）；武装叛乱、暴乱罪（第 104 条）；颠覆国家政权罪（第 105 条第 1 款）；煽动颠覆国家政权罪（第 105 条第 2 款）；资助危害国家安全犯罪活动罪（第 107 条）；投敌叛变罪（第 108 条）；叛逃罪（第 109 条）；间谍罪（第 110 条）；为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪（第 111 条）；资敌罪（第 112 条）。但是 2012 年 12 月 3 日公安部部长办公会议通过的《公安机关办理刑事案件程序规定》（2013 年 1 月 1 日施行）第 374 条规定：“本规定所称‘危害国家安全犯罪’，包括刑法分则第一章规定的危害国家安全罪以及危害国家安全的其他犯罪。”此外，公安部关于《公安机关办理刑事案件采取技术侦查措施工作规则》第 9 条第 1 项也作了类似的规定：“危害国家安全犯罪案件，包括刑法分则第一章规定的危害国家安全罪以及危害国家安全的其他犯罪案件。”这就表明公安机关对危害国家安全犯罪的理解远比学界要宽，有一种泛化的趋势。^{〔1〕}

又如黑社会性质的组织犯罪，法学界普遍认为黑社会性质的组织犯罪包括：组织、领导、参加黑社会性质组织罪（《刑法》第 294 条）；入境发展黑社会组织罪（《刑法》第 294 条）；包庇、纵容黑社会性质组织罪（《刑法》第 294 条第 4 款）这三个罪名。但是公安部关于《公安机关办理刑事案件采取技术侦查措施工作规则》第 9 条第 3 项的规定却是：黑社会性质的组织犯罪案件，包括组织、领导黑社会性质组织，入境发展黑社会组织，包庇、纵

〔1〕 目前实务部门对危害国家安全的理解是很混乱的，也存在明显的泛化趋向。秦皇岛市前反贪局局长高树勇向《法制日报周末》透露，该市侦破的职务贿赂犯罪，“30%左右都是‘上手段’（指使用秘密侦查手段）”。当然，“上手段”都是通过当地安全部门或公安机关的协助。当地的安全部门认为“职务犯罪一定程度也影响国家安全”，因此也比较配合检察院的工作。

2006 年时，为了破获被称为秦皇岛历史上最大的贪污腐败案，检察院反贪局就是通过安全部门的协助，对涉案的原秦皇岛市煤炭检验中心主任李小林进行监听，了解其赃款往来情况，获取关键性证据的。追查赃款下落时，通过监听李小林与其弟的通话，最终在一废弃的院落煤炭堆下，挖出了超过 1500 万元的赃款和物品。“反腐期待‘监听窃听’有法可依”，载 http://www.legaldaily.com.cn/zmbm/content/2009-12/03/content_1190902.htm?node=5954，访问时间：2012 年 3 月 6 日。

容黑社会性质组织等犯罪案件以及黑社会性质的组织及其成员实施的敲诈勒索、寻衅滋事等其他犯罪案件。

再如恐怖活动犯罪，全国人大常委会 2011 年 10 月 29 日第二十三次会议审议的《关于加强反恐怖工作有关问题的决定》规定：“恐怖活动是指以制造社会恐慌、胁迫国家机关或者国际组织为目的，采取暴力、破坏、恐吓或者其他手段，造成或者意图造成人员伤亡、重大财产损失、公共设施损坏、社会秩序混乱等严重社会危害的行为。煽动、资助或者以其他方式协助实施上述活动的，也属于恐怖活动。”2012 年 12 月 3 日公安部部长办公会议通过的《公安机关办理刑事案件程序规定》第 374 条规定：“恐怖活动犯罪包括以制造社会恐慌、危害公共安全或者胁迫国家机关、国际组织为目的，采取暴力、破坏、恐吓等手段，造成或者意图造成人员伤亡、重大财产损失、公共设施损坏、社会秩序混乱等严重社会危害的犯罪，以及煽动、资助或者以其他方式协助实施上述活动的犯罪。”但是《关于加强反恐怖工作有关问题的决定》与《公安机关办理刑事案件程序规定》并没有明确规定恐怖活动犯罪包括哪些罪名，法学界普遍认为恐怖活动犯罪应当包括组织、领导、参加恐怖组织罪（《刑法》第 120 条）、资助恐怖活动罪（《刑法》第 120 条之一）洗钱罪等罪名。但是实务界认为除了上述罪名以外，还应该包括：①故意以危险方法实施恐怖活动的犯罪，包括放火罪、决水罪、爆炸罪、投放危险物质罪以及以危险方法危害公共安全罪等；②以破坏公共设备、设施实施恐怖活动的犯罪，包括破坏交通工具罪、破坏交通设施罪、破坏易燃易爆设备罪、破坏电力设备罪等；③以劫持交通工具，危及飞行和运输安全的方式，实施恐怖活动的犯罪，包括劫持航空器罪，劫持船只、汽车罪，暴力危及飞行安全罪等；④以危害他人的人身安全和制造公众心理恐慌的方式，实施恐怖活动的犯罪，包括故意杀人罪，故意伤害罪，绑架罪，投放虚假危险物质罪，编造、故意传播虚假恐怖信息罪等；⑤在计算机网络领域实施的恐怖活动犯罪，包括非法侵入计算机信息系统罪和破坏计算机系统罪等；⑥准备和帮助恐怖活动的犯罪，包括传授犯罪方法罪，非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪，非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪，盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪，抢劫枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪等。

至于对“其他严重危害社会的犯罪案件”的理解，由于新《刑事诉讼

法》没有作出规定，法学界与实务界的理解就存在更大的差异。根据《公安机关办理刑事案件程序规定》第254条规定：“其他严重危害社会的犯罪案件”是指：①故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质等严重暴力犯罪案件；②集团性、系列性、跨区域重大犯罪案件；③利用电信、计算机网络、寄递渠道等实施的重大犯罪案件，以及针对计算机网络实施的重大犯罪案件；④其他严重危害社会的犯罪案件，依法可能判处七年以上有期徒刑的。至于如何理解上述规定，仍然存在不少疑问，于是公安部关于《公安机关办理刑事案件采取技术侦查措施工作规则》又作了进一步的明确规定，所谓“故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质等严重暴力犯罪案件”，包括故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质等严重暴力犯罪案件，包括《刑法》第114条、第115条、第232条、第234条、第236条、第239条、第263条规定的犯罪以及实施了上述暴力行为，可能依照《刑法》其他条款定罪的犯罪案件。所谓“集团性、系列性、跨区域重大犯罪案件”，主要包括：集团性重大犯罪案件，是指三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织实施的，造成了重大社会影响、严重后果或者犯罪情节严重的犯罪案件；系列性重大犯罪案件，是指实施三起以上同类犯罪案件，并且造成了重大社会影响、严重后果或者犯罪情节严重的犯罪案件；跨区域重大犯罪案件，是指实施跨两个以上县级以上行政区域，并且造成了重大社会影响、严重后果或者犯罪情节严重的犯罪案件。所谓“利用电信、计算机网络、寄递渠道等实施的重大犯罪案件，以及针对计算机网络实施的重大犯罪案件”，主要包括：利用电信、计算机网络、寄递渠道等实施的重大犯罪案件，是指电信诈骗、网络赌博以及其他利用电信网络、计算机网络、寄递渠道实施的，造成了重大社会影响、严重后果或者犯罪情节严重的犯罪案件；针对计算机网络实施的重大犯罪案件，是指《刑法》第285条、第286条规定的犯罪案件。所谓公安机关采取技术侦查措施办理的“其他严重危害社会的犯罪案件，依法可能判处七年以上有期徒刑的”，是指除《公安机关办理刑事案件程序规定》第254条第1项至第4项规定的犯罪案件以外的下列两类犯罪案件：①依照刑法分则规定，涉及罪名法定刑是七年以上有期徒刑或者无期徒刑、死刑的犯罪案件；②依照刑法分则规定，涉及罪名法定刑是三年以上或者五年以上有期徒刑，依法

可能判处七年以上有期徒刑的犯罪案件。然而学界对“其他严重危害社会的犯罪案件”的理解可谓五花八门，难以有一致的观点。

根据新《刑事诉讼法》第148条第2款的规定，检察机关决定适用技术侦查措施的案件范围局限于三大类案件：重大的贪污犯罪案件、重大的贿赂犯罪案件、利用职权实施的严重侵害公民人身权利的重大犯罪案件。所谓“重大的贪污、贿赂犯罪案件”，是指《刑法》分则第八章规定的贪污、贿赂犯罪及其他章中明确规定依照第八章相关条文定罪处罚的重大犯罪案件。所谓“利用职权实施的严重侵害公民人身权利的重大犯罪案件”，是指国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁（《刑法》第238条）、非法搜查（《刑法》第245条）、刑讯逼供（《刑法》第247条）、暴力取证（《刑法》第247条）、体罚、虐待被监管人（《刑法》第248条）等案件中严重侵犯公民人身权利的重大犯罪案件。也就是说，在人民检察院直接受理立案侦查的案件范围中，渎职犯罪案件、国家机关工作人员利用职权侵犯公民民主权利的犯罪案件这两类犯罪无论是一般案件，还是重大或者特别重大案件，均不得采取技术侦查措施，而对于贪污、贿赂犯罪案件，国家机关工作人员利用职权实施的侵犯公民人身权利的犯罪案件则必须达到重大案件的标准，才可以依照规定实施技术侦查措施，否则同样不得启动技术侦查措施。

概而言之，技术侦查措施适用的案件范围目前主要局限于八大类犯罪案件。从理论上分析，立法机构是通过“罪名列举式”的立法体例来限定技术侦查措施适用的案件范围的，若做进一步区分，则可以划分为两种模式：

其一是“明确列举式”。如将“危害国家安全犯罪”、“恐怖活动犯罪”、“黑社会性质的组织犯罪”以及“重大毒品犯罪”、“重大的贪污犯罪”、“重大的贿赂犯罪”、“利用职权实施的严重侵害公民人身权利的重大犯罪案件”列入可以适用技术侦查措施的案件范围即属于此类。需要进一步指出的是，前面列举的七大类可以适用技术侦查措施的案件依然存在一定的差异。对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪，只要行为人的行为构成这三种犯罪，就可以适用技术侦查措施，而对于“毒品犯罪”、“贪污犯罪”、“贿赂犯罪”、“利用职权实施的严重侵害公民人身权利的犯罪案件”这四类犯罪而言，并不将其所有的犯罪形态全部列入可以适用技术侦查措施的范围，而只是对那些已经达到重大案件的立案标准的犯罪，才允许对其适用技术侦查措施。