



秘密侦查问题



RESEARCH ON
THE ISSUES OF
SECRET INVESTIGATION

俞波涛·著



中国检察出版社

被称为『必要之恶』的秘密侦查，在刑事犯罪日趋暴力性、突发性、流动性、秘密性和技术性的今天，已经成为侦查手段与犯罪手段博弈中的一种权力对等的需求。在我国的司法实践中，秘密侦查早已被广泛应用，成为打击犯罪的利器；但遗憾的是，我国法律对这一制度并没有作出明确规定，一直保持令人奇怪的缄默。克服秘密侦查因其神秘化倾向而造成的消极影响的主要途径，就是对其进行法治化改革。在建设社会主义法治国家的时代进程中，在即将修订刑事诉讼法的立法契机下，对秘密侦查这一制度进行深刻、系统的探讨，寻求其在我国实现法治化的内在机理和可行路径，就显得刻不容缓、意义重大。

秘密侦查问题



RESEARCH ON
THE ISSUES OF
SECRET INVESTIGATION

俞波涛·著



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

秘密侦查问题研究/俞波涛著. —北京: 中国检察出版社, 2008. 6

ISBN 978 - 7 - 80185 - 949 - 5

I. 秘… II. 俞… III. 刑事侦查 - 研究 IV. D918

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 085386 号

秘密侦查问题研究

俞波涛 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68639243(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京东海印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 9.125 印张

字 数: 266 千字

版 次: 2008 年 7 月第一版 2008 年 7 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 949 - 5/D · 1925

定 价: 25.00 元

(内部发行)

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序

葛晓燕*

作为现代国家对抗特殊犯罪的新型侦查方式，秘密侦查中的许多问题，譬如合法性根据、人权保障、法治化的基本路径等，一直是理论、实践和立法工作的关注焦点。关于秘密侦查的研究，我国目前主要停留于概括性探析以及个别化阐述上，尚缺少系统、综合的研究专著。本书在追求研究深度的基础上，极为关注研究的宽度，力图建构起一个完整的理论研究框架，力求能够形成系统性和体例性。这无疑是对传统研究的一个突破，具有很大的创新性。我认为，对秘密侦查问题进行系统的研究，存在两个方面的重要意义：

第一，呼应了“人权入宪”的时代背景的要求。2004年3月第十届全国人大二次会议通过了宪法修正案，将“国家尊重和保障人权”正式写入了国家根本大法。在国际人权法的发展已使人权的话语成为一套跨文化的法律标准和精神财富的今天，秘密侦查中人权保障的状况必须予以根本改善。这就需要我们深入研究秘密侦查中方方面面的问题，尤其要研究人权保障不力的问题，力求在两个方面能得到改观：一是要不断地完善立法，按照刑事被告人的国际人权保障标准加强制度建

* 江苏省人民检察院副检察长兼反贪污贿赂局局长。

设；二是要以最低限度的被告人人权保障的理念武装全体国民的人权价值观。到 21 世纪的今天，国家现代化在各个方面都已取得了举世瞩目的成就。从制度建设角度说，实现现代化就是要建立与现代文化、观念相适应的政治、经济和法律制度。因此，建构一个更加公正、高效的现代司法制度是进一步实现国家现代化的当务之急，这也是法律工作者不可推卸的道德义务和责任。

第二，可以为我国秘密侦查制度的立法架构提供必要的理论准备。目前，我国虽有关于技术侦查、秘密查验通信设备、设施、邮件检查和秘密逮捕等立法，且个别立法也比较明确具体（如关于邮件检查的立法），但从总体上看，立法覆盖面不全（像外线侦查，立法未作出任何规定），比较零碎，缺少内在的逻辑性和连通性；此外，在已有的立法中，因外延模糊、程序缺失，具体措施的运行仍然依赖于内部规范性文件，这显然严重违背了程序法定原则。秘密侦查制度游离于现行法律框架之外的状况，已成为时代发展的不和谐之音，亟须改革和完善。克服秘密侦查措施因其神秘化倾向而造成的消极影响的主要途径就是对其进行“法治化”改革。基于我国的具体国情，我国秘密侦查法治化的基本路径是，对秘密侦查法律和制度基础作前瞻性创设，同时在技术上部分解决侦查法律与制度的强制性对位，进而实现秘密侦查的法治化。从一般法理上说，对先进国家法律制度的借鉴、移植是后发展国家实现法治现代化的基本路径。当然，作为建构一个公正、高效的现代司法制度的重要组成部分，秘密侦查的“法治化”改革并不是一个将国外通行的秘密侦查程序理论和实践移植到中国本土的简单过程，而是一个需要加以改造、防止排异、反复适应、不断扬弃的复杂过程。鉴于这种逻辑进路，作者在大量实证及理论研究的基础上，提出了我国秘密侦查制度的总体立法构想。尽管这种理论进路的深度和广度都还存在欠缺，有许多亟须完善和提高的地方；但无论如何，它还是竭力架构起了一个大致的理论轮廓——相对于秘密侦查理论缺少系统性、深度性的研究现状而言，这种理论尝试对刑事诉讼法再修改时秘密侦查制度的立法架构显然是大有裨益的。

当然，本文所构建的秘密侦查制度只是秘密侦查法治化初级阶段

的设想，难免还存在着不足。从一名检察官的角度来说，更希望作者将着力点放在对检察机关秘密侦查权问题的研究上，譬如职务犯罪侦查中能否实施秘密侦查、立法上应该如何规定、实践中应该如何操作等。或是限于文章的篇幅，或是限于研究的难度，作者在这方面几乎未加以探讨。相对于对公安机关、国家安全机关秘密侦查活动的法律规定模糊、操作程序缺失的现状而言，对检察机关秘密侦查活动的规定却根本不存在，这无疑是制约职务犯罪侦查的一个瓶颈性问题。自20世纪70年代以来，采用秘密侦查手段侦破职务犯罪案件已成为许多国家的通行做法。我国虽然进行了相应的刑事诉讼制度的改革，但对主管职务犯罪侦查工作的检察机关并没有明确规定其具有相应的秘密侦查手段及权限，加上检察机关自身单纯的能力和素养，极大地影响和限制了其对当前日益技术化、组织化、复杂化的职务犯罪的打击力度。我认为，将秘密侦查手段赋予职务犯罪侦查部门，并充分发挥其在收集情报、信息及获取犯罪证据、发现犯罪方面的优势，是当前检察机关职务犯罪侦查部门履行反腐败职责的必然要求，也是反腐败工作向纵深发展的重要保证。刑事诉讼法再修改是构建我国秘密侦查制度的历史契机，也是秘密侦查法治化的开始。我希望作者能在现有研究的基础上，继续加强对检察机关秘密侦查权的研究，力争在这方面提出一些质量较高、可行性较强的立法建议，在推动我国秘密侦查立法的全面性、合理性及职务犯罪侦查工作手段的多样性、有效性上贡献出自己的一份力量。

葛晓燕

2008年7月1日

内容摘要

作为现代国家对抗特殊犯罪的新型侦查方式，秘密侦查的实践必要性及人权保护处于侦查理论、实践和立法工作的持续关注之中。探讨秘密侦查问题的理论和现实意义在于：一是紧扣刑事诉讼法再修改的历史契机，为我国秘密侦查制度的立法架构提供必要的理论准备。目前，秘密侦查已在我国广为实践，但法律仍保持沉默，并未对秘密侦查制度作出立法架构。这一状况导致了对犯罪打击、人权保护和法治观念等多方面的不利影响。在“人权入宪”的时代背景下，为了合法、有效地打击特殊犯罪，我国秘密侦查制度的立法完善势在必行。这也是笔者选题的直接动因。二是通过域外秘密侦查制度的介绍和法理阐释，廓清了我国秘密侦查法治化的基本路径——对秘密侦查法律和制度基础作前瞻性创设，同时在技术上部分解决秘密侦查法律与制度的强制性对位，进而实现秘密侦查的法治化。

本文的研究从秘密侦查的概念、起源与实践开始，进而阐述秘密侦查措施、秘密侦查的合法性根据与适用原则，最后将落脚点放在了我国秘密侦查的法治化构造上。论文的主体部分共分六章，前五章是从应然的角度来论述秘密侦查的源起、实践和存在的必要性，第六章则是从我国秘密侦查的立法现状及其不利影响入手，详细论述了我国秘密侦查制度的立法构想。

第一章“秘密侦查概述”。本章内容分为三个部分。第一部分对秘密侦查的概念进行了探讨，侧重于从程序和法律的视角界定秘密侦查的概念和要求。第二部分从秘密侦查的主体、对象、方式、适用范围、适用根据入手，对秘密侦查的结构进行了深入探讨。第三部分则从实证角度，详细探讨了秘密侦查的秘密性、技术性、程序性、必要性、强制性、侵犯性等主要特征。

第二章“秘密侦查的起源与实践”。本章内容分为三个部分。第一部分对秘密侦查之流变作出了系统考察，介绍、分析了中国秘密侦查的历史沿革、国外秘密侦查的历史沿革及当代秘密侦查的发展趋势，进而得出了“将秘密侦查纳入法治化轨道，是防止秘密侦查滥用的最有效手段”的结论。第二部分详细介绍了大陆法系、英美法系等国家对秘密侦查采取的不同法律规制模式，剖析了各国基于不同的价值考量而对秘密侦查作出不同程度立法折中的原因。第三部分对在两大法系中具有代表性的德国和美国的秘密侦查制度进行了系统的比较和分析，力图从深深植根于不同的政治、法律、文化背景的差异中，窥见大陆法系和英美法系秘密侦查制度的个性化构造以及不同成因。

第三章“秘密侦查措施”。本章内容分为两个部分。第一部分详细介绍、分析了刑事特情、控制下交付、诱惑侦查、卧底侦查等欺诈式秘密侦查措施。第二部分详细介绍、分析了秘密监听、密录密拍、秘密逮捕、密搜密取、秘密辨认、跟踪盯梢、守候监视、邮件检查等非欺诈式秘密侦查措施。

第四章“秘密侦查的合法性根据”。本章内容分为五个部分。第一部分在评介、分析不同合法性观点的基础上，对秘密侦查的合法性概念作出了较深入的探析。第二部分从自由意志这一哲学要素入手，论证了对自由意志作适度损抑的哲学根据，以及欺骗性策略的道德、法律容许性，从而论证了秘密侦查赖以存在的深厚哲学根基。第三部分运用经济分析的方法，论证了秘密侦查存在的价值因素，以及秘密侦查价值体系的构成特点。第四部分根据德国和美国对秘密侦查与法律保障的基本人权之间冲突的不同调和方式，论证了秘密侦查基于法律上的授权，且依靠具体的、可操作的法律程序控制，在其和可能的

侵权之间构筑起了一道稳固的“防火墙”，对可能的侵权行为起到了有效的屏蔽作用，因而获得了相应的法律地位。第五部分详细剖析了秘密侦查广为实践的原因，并从相关规则嬗变的视角论证了秘密侦查的实践适应性，进而阐述了秘密侦查赖以存在的实践基础。

第五章“秘密侦查的适用原则”。本章内容分为三部分。第一部分通过对秘密侦查权力成本和经济成本的合理配置的探讨，阐述了秘密侦查适用中的效益问题。第二部分在对保障人权原则的概念内涵进行分析解构的基础上，详细论述了秘密侦查中的人权保障原则及实现途径。第三部分通过对秘密侦查中利益衡量的标准和方法的探讨，阐述了秘密侦查中人权保障和侦查效益的冲突和平衡机理。

第六章“我国秘密侦查的法治化构造”。本章内容分为三个部分。第一部分阐述了我国秘密侦查的立法现状和实务现状。第二部分从我国秘密侦查法治化的现实环境入手，分析论证了我国秘密侦查法治化的基本路径。第三部分则具体提出了我国秘密侦查制度的总体立法构想及相关制度的具体架构。

关键词：秘密侦查 法律规制 法治化

ABSTRACT

As a new policing method against the special crimes in the modern countries, the practical necessity and human rights protection of the underwear policing have always been the focus of the policing theory, practition and legalization. The theoretical and practical significance is as follows: firstly, the opportunity of Criminal Procedure Law's modification provide essential foundation of China legal construction for the underwear policing system. Nowadays, the underwear policing has been applicated commonly, while there is no specific regulation about it, which results in many disadvantages in crime-striking, human rights protecthe formation of the concept of legitimacy. Under the background of human rights' constitutionalization, it is imperative to consummate the temporary legislation in order to strike crimes legally and effectively. And this is also the directive cause for the writer to choose this topic. Secondly, through introduction and jurisprudential analyzing of the abroad underwear policing system, the legalization approaches are lay out, including systematic outlook of the underwear policing regulation and legal foundation, partly eliminating the compelling contradiction between the policing regulation and system and furthermore realizing the legalization of the underwear policing.

The article begins from the conception, origin and practice, and then checks out the practical methods, the legitimacy foundation and principles and finally focuses on the systematic legalization in China. The article is constituted by six sections. The former five discusses the origin, practice and existence necessity of the underwear policing. The sixth chapter starts with the actual situation and its disadvantages to discuss the legal construction of the underwear policing in our country.

Chapter one is general description of the underwear policing. This chapter is divided into three parts. The first part discusses the conception and requirements of underwear policing from procedure and from legislation. The second part, proceeding from the subject, the object, the method and the aim of underwear policing, discusses its structure. The third part discusses the main characteristics of the underwear policing, such as its secrecy, technique, procedure, necessity, compulsion and infringement.

Chapter two is about the origin and practice of the underwear policing. This chapter is divided into three parts. The first part reviews the trend of underwear policing, introduces and analyzes its domestic and foreign history and contemporary development, and finally comes to the conclusion that the most effective method to prevent the misuse of the underwear policing is to legalize its system. The second part introduces the different legal system of various countries of the continental law and the common law system, analyzes their causes of legal compromises based on different considerations of various values. The third part compares and analyzes two different systems represented by the Germany and the United States, trying to check their structures and causes.

Chapter three is about the methods of underwear policing. This chapter out is composed of two parts: fraud underwear policing and non - fraud underwear policing.

Chapter four is about the legitimacy foundation of the underwear policing. This chapter is divided into five parts. The first part definitely defines the legitimacy conception of the underwear policing based on the existent different academic views. The second part, from the philosophical angle of

free will, demonstrates the profound philosophical foundation of the underwear policing by discussing the philosophical reason to partly repress the free will and ethical and legal tolerance for using fraudulent methods. The third part demonstrates values for existence and balance between these different values by economic analyzing. The fourth part, according to the different conciliation between underwear policing and human rights protection in Germany and the United States, verifies the legal approval of the underwear policing by material and practicable procedural control, which builds a stable "fire proofing wall" between it and the possible infringement and obtains corresponding legal status. The fifth part discusses causes of its wide application, its practical feasibility from the angle of principles' changing and its practical foundation.

Chapter five is about the application principles of the underwear policing. This chapter is composed of three parts. The first part puts forward the problem of economic utility in the application of underwear policing through discussion of reasonable allocation between the power cost and the economic cost. The second part discusses the human rights protection principle and approaches for realization based on the analysis of the conception and historic change of the human rights protection. The third part introduces the criteria and methods of value evaluation and discusses the conflicts and balance between the human rights protection and policing utility.

Chapter six is about the legalization of underwear policing in China. This chapter is composed of four parts. The first part demonstrates the elementary theory for the legalization of underwear policing, such as the legislation formula, legal requirements and regulations. The second part begins with the legal and practical situation to demonstrate the contemporary systematic blank and disadvantages. The third part discusses the basic approaches, the practicability and restrictions. The fourth part put forward a blue print for the systematic legislation and concrete structure for corresponding regulations.

Key Words: underwear policing, legal system, legalization

目 录

内容摘要 / 1

ABSTRACT / 1

导 言 / 1

第一章 秘密侦查概述 / 14

第一节 秘密侦查的概念 / 14

- 一、域外对秘密侦查概念的理解 / 14
- 二、我国理论界关于秘密侦查概念的
几种观点 / 16
- 三、相关概念辨析 / 19

第二节 秘密侦查行为要件 / 25

- 一、秘密侦查的主体 / 25
- 二、秘密侦查的对象 / 27
- 三、秘密侦查的方式 / 29
- 四、秘密侦查的适用范围 / 32
- 五、秘密侦查的适用根据 / 35

第三节 秘密侦查的特征 / 37

- 一、秘密性 / 37
- 二、技术性 / 40
- 三、程序性 / 43

四、必要性 / 44

五、强制性 / 46

六、侵犯性 / 47

第二章 秘密侦查的起源与实践 / 50

第一节 秘密侦查之流变 / 50

一、中国秘密侦查的历史沿革 / 50

二、域外秘密侦查的历史沿革 / 56

三、当代秘密侦查的发展趋势 / 62

第二节 秘密侦查的法律规制 / 66

一、大陆法系国家的法律规制 / 67

二、英美法系国家的法律规制 / 73

第三节 “必要之恶”：德国和美国秘密侦查制度比较 / 79

一、关于隐私权及其他宪法权利 / 80

二、关于警察机关和情报机构之间的分权 / 82

三、关于政府官员的职责和角色 / 84

四、关于滥用的风险和控制 / 86

第三章 秘密侦查措施 / 89

第一节 欺诈式秘密侦查措施 / 91

一、刑事特情 / 91

二、控制下交付 / 96

三、诱惑侦查 / 101

四、卧底侦查 / 105

第二节 非欺诈式秘密侦查措施 / 108

一、秘密监听 / 108

二、密录密拍 / 112

三、秘密逮捕 / 113

四、密搜密取 / 113

- 五、秘密辨认 / 114
- 六、跟踪盯梢 / 115
- 七、守候监视 / 117
- 八、邮件检查 / 117

第四章 秘密侦查的合法性根据 / 119

第一节 秘密侦查合法性概述 / 119

- 一、关于合法性的观点综述 / 119
- 二、秘密侦查的合法性界定 / 122

第二节 秘密侦查合法性的哲学因素 / 125

- 一、自由意志：秘密侦查合法性的哲学考量因子 / 125
- 二、适度损抑：秘密侦查中自由意志的克减尺度 / 127
- 三、道德容许：秘密侦查中欺骗性策略的伦理基础 / 133

第三节 秘密侦查合法性的价值因素 / 138

- 一、经济性：秘密侦查价值的来源和根据 / 139
- 二、多元性：秘密侦查价值体系的构成特点 / 144

第四节 秘密侦查合法性的法律因素 / 147

第五节 秘密侦查合法性的实践因素 / 152

- 一、从成因分析的视角：看秘密侦查的实践必然性 / 153
- 二、从规则演变的视角：看秘密侦查的实践适应性 / 157

第五章 秘密侦查的适用原则 / 162

第一节 资源的合理配置：秘密侦查适用的效益原则 / 164

- 一、秘密侦查权力成本配置的合理性 / 164
- 二、秘密侦查经济成本配置的合理性 / 169

第二节 保障人权：秘密侦查适用的法治原则 / 170

- 一、保障人权原则的基本内涵 / 171
- 二、人权保障在秘密侦查中的实现 / 173

第三节 利益衡量：效益原则与保障人权原则的协调 / 182

一、秘密侦查中利益衡量的内涵 / 183

二、秘密侦查中利益衡量的标准 / 184

三、秘密侦查中利益衡量的实践 / 189

第六章 我国秘密侦查的法治化构造 / 200

第一节 我国秘密侦查制度现状 / 200

一、我国秘密侦查的立法现状 / 200

二、我国秘密侦查的实务现状 / 208

第二节 我国秘密侦查法治化的路径选择 / 215

一、我国秘密侦查法治化的现实环境 / 215

二、我国秘密侦查法治化的基本路径 / 226

第三节 我国秘密侦查的制度架构 / 229

一、我国秘密侦查制度立法的总体构想 / 229

二、相关制度的立法构想 / 240

参考文献 / 255

后 记 / 269

导 言

一、选题的背景

由于历史和文化的的原因，在法制发展的现代化进程中，中国成了一个后进国家。整个 20 世纪的历史，对于中国来说，就是不断探索现代化发展路径、致力寻求国家现代化的历史。毫无疑问，到 21 世纪的今天，国家现代化在各个方面都已取得了举世瞩目的成绩，但是从制度建设角度说，实现现代化就是要建立与现代文化、观念相适应的政治、经济和法律制度。从历史的经验来看，市民社会的法治化是国家现代化的基础和前提。因此，建构一个更加公正、高效的现代司法制度是进一步实现国家现代化的当务之急。

作为在侦查实践中应用较为普遍的一种特殊的侦查手段，秘密侦查措施并未受到立法者应有的关注。在我国，立法仍对之保持令人奇怪的缄默，随之而来的，必然是大量的“法外立法”、“法外执法”等背离程序法制要求的违法现象，这与建设法治国家的目标显然是背道而驰的。在当前刑事犯罪日趋暴力性、突发性、流动性、秘密性和技术性的今天，秘密侦查实际上是侦查手段与犯罪手段博弈中的一种权力对等的需求。侦查手段与犯罪手段要体现“魔道效应”，至少得实现“权力对等”，否则侦查的目的就难以实现。克服秘密侦查措施因其神秘化倾向而造成的消极影响的主要途径就是对其