

秘密侦查 法律问题研究

STUDIES ON LEGAL ISSUES OF
UNDERCOVER INVESTIGATIONS

李 明◎著



中国政法大学出版社

秘密侦查 法律问题研究

STUDIES ON LEGAL ISSUES OF
UNDERCOVER INVESTIGATIONS

李 明◎著



中国政法大学出版社

2016·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（CIP）数据

秘密侦查法律问题研究/李明著. —北京：中国政法大学出版社，2016. 1
ISBN 978-7-5620-6165-6

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第260782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 010-58908289 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 720mm × 960mm 1/16
印 张 23
字 数 400 千字
版 次 2016 年 1 月第 1 版
印 次 2016 年 1 月第 1 次印刷
定 价 56.00 元

Contents

目录

第一章 绪 论	1
一、秘密侦查概念辨析	1
(一) 秘密侦查的概念	1
(二) 秘密侦查与相近概念的区别	4
二、秘密侦查行为的特征及分类	8
(一) 秘密侦查行为的特征	8
(二) 秘密侦查的手段及其分类	10
三、秘密侦查的功能	14
(一) 秘密侦查的正面功能	15
(二) 秘密侦查的负面效应	23
第二章 秘密侦查制度的演进	34
一、我国古代秘密侦查行为考察	34
(一) 奴隶社会时期的秘密侦查	34
(二) 封建社会时期的秘密侦查	35
(三) 古代社会秘密侦查给我们的启迪	43
二、国外秘密侦查实践与制度建设	45
(一) 国外秘密侦查实践	45
(二) 国外秘密侦查制度的产生与发展	50

(三) 有关国际法的规定	61
(四) 域外秘密侦查制度的特点及对我国的启示	63
三、秘密侦查兴起的原因、意义及其发展趋势	65
(一) 秘密侦查兴起的原因	65
(二) 秘密侦查兴起的意义	68
(三) 秘密侦查手段的发展趋势	71
第三章 秘密侦查的两个特殊原则	73
一、秘密侦查适度公开原则	73
(一) 侦查公开与侦查秘密原则之辩	73
(二) 侦查公开原则的基本内涵	79
(三) 侦查公开与秘密侦查的冲突	84
(四) 秘密侦查的适度公开	86
二、刑事司法伦理底线原则	87
(一) 秘密侦查措施对司法伦理的冲击	87
(二) 秘密侦查中对违背司法伦理行为的容许性	91
(三) 秘密侦查中司法伦理的底线	94
第四章 秘密侦查制度比较	97
一、立法模式比较	97
(一) 正式的法律制度	97
(二) 执法部门内部制定的程序	100
(三) 通过相关判例确定的规范	101
(四) 立法模式小结	102
二、秘密侦查程序比较	103
(一) 授权手段之比较	103
(二) 授权主体之比较	106
(三) 适用条件和范围之比较	109
(四) 监督制度之比较	111
三、秘密侦查证据制度比较	116
(一) 英国秘密侦查证据制度	116

(二) 美国秘密侦查证据制度	119
(三) 法国秘密侦查证据制度	122
(四) 德国秘密侦查证据制度	123
(五) 各国秘密侦查证据制度之特点	125
四、小结与评论	126
第五章 我国秘密侦查制度的不足与完善	129
一、我国秘密侦查制度与实践	129
(一) 我国秘密侦查制度评析	129
(二) 当前我国秘密侦查实践状况	133
二、新刑事诉讼法规定技术侦查措施的进步与不足	135
(一) 规定技术侦查措施的重要意义	136
(二) 技术侦查措施规定的进步之处	138
(三) 技术侦查措施规定的不足之处	140
(四) 技术侦查措施在实践中的合理运用	146
三、完善我国秘密侦查法律制度的立法展望	148
(一) 立法模式选择	148
(二) 立法内容建议	149
(三) 我国秘密侦查证据制度的适用与完善	154
第六章 诱惑侦查问题研究	161
一、诱惑侦查概述	161
(一) 诱惑侦查的概念	161
(二) 诱惑侦查的特征	164
(三) 诱惑侦查的类型	165
二、诱惑侦查的合法性标准	167
(一) 几种合法性标准评析	167
(二) 我国现行法律中诱惑侦查的合法性标准	180
(三) 我国诱惑侦查合法性标准的合理构建	183
三、违法诱惑侦查的法律责任	188
(一) 违法诱惑侦查的程序性制裁措施	188

(二) 警察陷害教唆是否构成犯罪	192
四、诱惑对象的法律責任	198
(一) 有关受诱惑者是否应当承担法律責任的域外观点	198
(二) 大陆学者关于受诱惑者刑事責任的讨论	201
(三) 我国受诱惑者的法律責任分析	204
五、我国诱惑偵查的法治化	208
(一) 构建正当程序	208
(二) 设立诱惑偵查条件	209
(三) 授权检察机关行使诱惑偵查权	209
(四) 明确规定排除违法诱惑证据	210
第七章 卧底偵查法律問題探討	211
一、卧底偵查概述	211
(一) 卧底偵查概念与特点	211
(二) 卧底偵查在法律上的定位	215
二、卧底偵查制度之比较	217
(一) 英国的卧底偵查制度	217
(二) 美国的卧底偵查制度	220
(三) 德国的卧底偵查制度	222
(四) 法国的卧底偵查制度	224
(五) 四国卧底偵查制度特点	225
三、卧底偵查的实体法問題	226
(一) 問題的提出及一般性辯护理由	227
(二) 争议行为的刑事責任問題	234
(三) 两种免责方式的探討及建议	239
四、卧底偵查的程序法問題	242
(一) 适用卧底偵查的原则、条件与程序	242
(二) 卧底偵查的几种取证方式及其证据能力	248
(三) 卧底偵查人员的保护与作证	253
五、完善我国卧底偵查制度的建议	257
(一) 明确适用范围	257

(二) 完善控制监督程序	258
(三) 完善卧底侦查人员的作证与保护制度	259
(四) 完善救济程序	261
第八章 线人法律问题探讨	262
一、线人概论	263
(一) 线人界定与分类	263
(二) 线人功能与面临的特殊风险	272
二、线人参与犯罪与刑事责任问题	274
(一) 线人参与犯罪的许容性及其限度	275
(二) 线人参与犯罪的免责形式	279
三、使用线人的程序性问题	281
(一) 线人取证的合法性及其证据能力	281
(二) 线人是否有拒证特权	291
(三) 线人的管理与使用	300
四、线人合同问题	305
(一) 问题的引出	305
(二) 线人合同的性质	308
(三) 线人合同中的权利义务	311
(四) 违约行为及其救济	314
五、完善我国线人制度的建议	316
(一) 完善线人管理制度	316
(二) 明确线人刑事责任豁免制度	318
(三) 强化线人保护制度	319
第九章 控制下交付法律问题探讨	321
一、控制下交付概论	321
(一) 概念与类型	321
(二) 控制下交付与诱惑侦查的区别	325
(三) 控制下交付的正当性	327

二、控制下交付的程序性问题	329
(一) 控制下交付的定位	329
(二) 控制下交付的适用程序	332
(三) 控制下交付中事实认定的难点分析	338
三、控制下交付中犯罪的犯罪形态	348
(一) 控制下交付中犯罪形态的理论争论及实践处理	348
(二) 贩卖毒品罪的既遂与未遂的判断标准	351
(三) 控制下交付中犯罪形态的判断	354
 代后记 “那门是窄的，那路是长的”	 357

绪 论

一、秘密侦查概念辨析

秘密侦查的概念目前在学界的使用还比较混乱,对秘密侦查的内涵无论是在实务界还是在学界都没有达成统一的认识,特别是随着《刑事诉讼法》的修改,秘密侦查行为合法化,秘密侦查与技术侦查之间的关系在法律规范中有了新的变化,对秘密侦查的理解更为多元化。而对秘密侦查的内涵、特征及类型进行必要的界定,是研究秘密侦查的前提。本章拟先对秘密侦查的概念进行比较、归纳和辨析,目的既是促进对秘密侦查认识的深化,也是为进一步研究确定范围,明确研究对象。

(一) 秘密侦查的概念

对于秘密侦查概念的界定,国内外学者的看法有所差异。国外学者对秘密侦查概念的界定也有所不同。如美国格雷·T. 马克斯(Gary T. Marx)教授认为秘密侦查是指警察隐瞒身份或侦查行为过程而进行的一种带有欺骗性的侦查行为。^{〔1〕}有学者认为格雷·马克斯教授的这种界定有两层含义:一是在人与人的关系上,由于隐瞒了真实身份、使用了虚假身份而存在一种欺骗关系;二是这

〔1〕 Gary T. Marx, *Undercover: Police Surveillance in America*, University of California Press, 1988, p. 12.

种欺骗手段的使用目的在于影响、操纵侦查对象的行为。^{〔1〕} 美国学者杰奎琳·罗斯 (Jacqueline Ross) 认为秘密侦查是指为了收集证据或者摸清犯罪组织的构成, 由警察或者警方指挥下的线人隐藏真实身份, 并通过假装预谋或实施犯罪行为开展侦查行为的一种手段。^{〔2〕} 根据上述界定, 秘密侦查需要具备两个特征, 即秘密性和欺骗性。这样就把一些并不需要通过欺骗去实施的秘密侦查行为排除在外, 如监听、监视等手段就并不必然具有欺骗性。德国学者魏根特 (Weigend) 对秘密侦查进行了非常简洁的概括, 认为秘密侦查就是秘密收集调查对象信息的侦查方法。这种界定就既包括监听这样的技术性手段, 也包括诸如派遣秘密侦查员这样的非技术性手段。^{〔3〕}

国内对秘密侦查的界定更是千差万别。目前国内学界对秘密侦查概念的界定不少于 10 种, 比较典型的定义有这样几种: ①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、伪装潜入等合法的手段, 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;^{〔4〕} ②所谓秘密侦查即指侦察, 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;^{〔5〕} ③秘密侦查行为是指在当事人不知晓的情况下进行的侦查行为, 如邮检、诱捕、监听等;^{〔6〕} ④秘密侦查是指为了侦查某些具有严重社会危害性且采取公开侦查行为难以奏效的犯罪行为, 依法享有秘密侦查权的国家机关或部门在法定职权范围内, 依照法定程序采取法定的某些隐蔽性措施以查明案情、收集证据和查获犯罪嫌疑人的一种专门调查工作;^{〔7〕} ⑤秘密侦查又称为技术侦查措施, 是以高科技技术为装备, 如电子通信技术、识破技术、计算机模拟技术、微区分析

〔1〕 Fijnaut, C. and Marx, G. T. (eds.), *Undercover: Police Surveillance in Comparative Perspective*, The Hague: Kluwer, 1995, p. 76.

〔2〕 Jacqueline E. Ross, *Impediments to Transnational Cooperation in Undercover Policing: A Comparative Study of the United States and Italy*, 52 *Am. J. Comp. L.*, 2004, p. 566.

〔3〕 [德] 托马斯·魏根特: “德国刑事诉讼程序的改革: 趋势和冲突领域”, 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 235 页。

〔4〕 陈光中主编: 《刑事诉讼法实施问题研究》, 中国法制出版社 2000 年版, 第 108 ~ 109 页。

〔5〕 刘向红: “对秘密侦查法治化的思考”, 载《福建公安高等专科学校学报》2001 年第 6 期, 第 61 页。

〔6〕 谢佑平、万毅: 《刑事侦查制度原理》, 中国人民公安大学出版社 2003 年版, 第 229 页。

〔7〕 邓立军: 《秘密侦查法治化研究》, 四川大学 2004 年硕士学位论文。

技术甚至现场测谎的运用来实施的侦查行为;^{〔1〕} ⑥秘密侦查是指在侦查行为相对人知情的情况下,将难以开展或者无法完成的那些以隐藏或欺骗方式进行的非强制性侦查活动。^{〔2〕} 随着我国《刑事诉讼法》的修改,技术侦查措施作为一种侦查手段被赋予合法性,并写入《刑事诉讼法》中。有一种观点认为技术侦查一节中具体包括三类措施:技术侦查措施、秘密侦查措施和控制下交付,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为多元化。

上述各种界定从内容上和形式上都有不小的差异。首先,从概念的实质内容上看,各种概念强调的重点及判断的标准都有所不同,如有的学者认为判断是否是秘密侦查要看侦查行为是否经过严格批准程序,是否有严格的指挥和监控;有的学者认为是否是秘密侦查不仅要看侦查行为本身是否是秘密的,还要看这种侦查行为是否被明确规定在法律中;有的学者认为秘密侦查除了要有隐蔽性外还要有侵害性;^{〔3〕} 还有的学者把秘密侦查等同于技术侦查,认为秘密侦查就是技术侦查措施,是以高科技技术为装备并运用它来实施侦查行为。其次,从概念界定的形式上看,各种界定也各有侧重,有的采用列举式,将各种秘密侦查的方式尽可能地列举出来;大多数学者则采用概括式,认为秘密侦查行为是指在当事人不知晓的情况下进行的侦查行为。对秘密侦查概念难以达成一致意见,是因为较长一段时间以来,秘密侦查行为没有被相关法律赋予合法性,人们对其缺乏长期和持续的关注,学界对秘密侦查的研究不够深入。与此同时,秘密侦查方法也随着科技的发展而不断变化。此外,秘密侦查与一般侦查手段相比,其性质多元化,有侵权型的,也有任意型的;表现形式复杂,通常不是一种单一的侦查手段,而体现为一系列的常规侦查手段的综合运用,正是这种复杂性导致了概念界定的困难。国外学者也认为,“这些新型的侦查方法很难界定,因为其中包含着一系列相互关联的概念。到目前为止,该问题的研究者们就术语的使用尚未达成共识。”^{〔4〕}

笔者认为,秘密侦查与侦查是否需要技术并无多大关系,因为秘密侦查可

〔1〕 吴立德:“论秘密侦查手段的立法规制”,载《内蒙古社会科学》2001年第4期。

〔2〕 程雷:《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27页。

〔3〕 马静华:“秘密侦查论略”,载《山东公安专科学校学报》2002年第2期,第72页。

〔4〕 Stewart Field and Caroline Pelsler (eds.), *Invading the Private—State Accountability and New Investigative Methods in Europe*, Athenaeum Press, 1998, p. 8.

以使用高科技也可以不使用高科技；对公民权利的侵害性也不是秘密侦查的必备要件，有些秘密侦查行为并不必然会侵害公民权利，如跟踪；此外，秘密侦查的程序性是否严格也不影响其侦查的性质。因此，以上述条件作为标准界定秘密侦查行为都有失偏颇。对于秘密侦查而言，其核心特征有两个，一是秘密性，即采取这种措施应当是秘密的、隐蔽的。秘密性是指侦查员行为方式保密、身份保密和侦查意图保密。二是一种特殊的侦查行为。秘密侦查作为侦查行为，就要合乎侦查目的，其行为只能是为侦查服务的，不允许使用于非侦查行为如政治斗争、民事纠纷乃至私人恩怨中。根据这两个特征，从广义的角度，我们认为秘密侦查即指侦查机关依照法定程序，为揭露犯罪、打击犯罪而采取的不为侦查对象所知晓的隐蔽性的侦查行为。据此，我们认为《刑事诉讼法》增加的技术侦查手段、隐匿身份实施的侦查以及控制下交付，都属于秘密侦查。秘密侦查可以分为强制性的秘密侦查行为和任意性的秘密侦查行为，前者指侵犯公民权利的秘密侦查行为，如监听、卧底侦查、诱惑侦查等；后者是指不需要侵犯公民权利的秘密侦查行为，如秘密监视、跟踪等侦查行为。由于任意侦查行为不强迫侵犯公民权利，一般不需要对其进行严格的法律规制，因此对其进行研究的意义不大。本书拟主要从狭义的角度研究秘密侦查行为，即主要研究作为强制侦查手段的秘密侦查行为。

（二）秘密侦查与相近概念的区别

1. 秘密侦查与技术侦查

一些学者认为，技术侦查或技术侦察手段就是秘密侦查。随着科学技术的发展，一些侦查手段的使用要利用现代科学技术设备，如监听、定位、电子追踪、网络数据排查和比对等，因此被一些学者称为技术侦查手段，而这些技术侦查手段都是秘密使用的，因而技术侦查就是秘密侦查。^{〔1〕}“所谓技术侦查手段，是指侦查机关在办理刑事案件时，依据国家赋予的特殊侦查权力，运用各种专门的技术侦查手段和秘密侦查收集证据、查明案情的专门的特殊侦查手段，包括跟踪监视、密搜密取、秘密辨认、刑事特情、电话监听等。”^{〔2〕}从我国现

〔1〕 陈永生：“国外的秘密监听立法”，载《人民检察》2000年第7期，第58页；宋英辉、吴宏耀：《刑事审判前程序研究》，中国政法大学出版社2002年版，第239页。

〔2〕 杨迎泽、李麒：“电话监听证据辨析”，载何家弘主编：《证据学论坛》（第1卷），中国检察出版社2000年版，第385页。

行立法来看,2012年修订的《中华人民共和国人民警察法》和2014年颁布的《中华人民共和国反间谍法》中,对技术侦察只作了概括式的规定,并没有界定技术侦查内涵。^{〔1〕}根据早期有关解释,“技术侦察”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察措施,包括电子监听、电话监听、电子监控、秘密拍照或录像、秘密获取某些物证、邮件检查等秘密的专门技术手段。^{〔2〕}据此,在司法实践中一般都把监听、秘密拍照或录像视为技术侦查手段或秘密侦查手段。2012年修改的《刑事诉讼法》在侦查一章中的第八节专门规定了“技术侦查措施”,而该节下面又规定了三类措施:技术侦查措施、隐匿身份的侦查措施和控制下交付,更强化了技术侦查措施即秘密侦查措施的看法。但立法部门的有关解释认为这只是出于立法技术的考虑,才将隐匿身份的侦查措施和控制下交付放在技术侦查措施一节,但并不认为这二者也属于技术侦查。2012年公安部发布的《公安机关办理刑事案件程序规定》第255条规定:技术侦查措施是指由设区的市一级以上公安机关负责技术侦查的部门实施的记录监控、行踪监控、通信监控、场所监控等措施。这里的技术侦查措施显然仅仅是指技术监控,其内涵远小于秘密侦查。

笔者认为技术侦查措施与秘密侦查措施还是有区别的,主要是二者强调的侧重点不同。技术侦查强调侦查手段的技术性,而秘密侦查强调侦查手段的隐蔽性。一般认为技术侦查措施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〕}也即侦查行为中要使用具有一定技术含量的侦查设备、侦查方法,运用现代科学技术方法进行侦查的侦查行为是技术侦查。但在秘密侦查行为中只有部分需要较高技术手段,如监听、电子定位等秘密侦查方法,实践中也把这类侦查方法称为“技侦手段”,由“技侦部门”管理,但并不是每一项秘密侦查行为都要运用技术手段或技术性方法,如秘密辨认、跟踪盯梢等传统的秘密侦查行为就不需要较强的技术设备或较高的科技含量。与此同时,有的技术侦查手段也不一定具有秘密性,如网络数据排查和比对就不一定具有秘密性。

〔1〕 这里使用的是“技术侦察”而非“技术侦查”,虽然用词有一定的差异,侦察往往是在战争中使用的术语,比如对敌情实施侦察,侦查更多使用于犯罪侦破中,但一般二者都作为“技术侦查”使用,因此本书视二者同义,并不仔细区分二者的区别。

〔2〕 郎胜、王尚新主编:《〈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;全国人大常委会法工委刑法室编写:《〈中华人民共和国人民警察法〉实用问题解析》,中国民主法制出版社1995年版,第80页。

〔3〕 宋英辉、吴宏耀:《刑事审判前程序研究》,中国政法大学出版社2002年版,第221页。

因此,按新刑事诉讼法的规定,即使从广义上理解技术侦查措施,即技术侦查措施包括传统的技术侦查手段、隐匿身份的侦查措施和控制下交付,技术侦查措施也无法涵盖全部秘密侦查手段。因此,秘密侦查与技术侦查应是一种交叉关系,而非等同关系。

此外,有的学者也认为技术侦查不是秘密侦查,但作了另外一种理解,认为一些秘密侦查行为(如监听)不宜定位于技术侦查措施,只是一种技术侦查方法。其基本理由是技术措施可以由侦查部门自行制定专门规章予以规定,而监听涉及侦查机关、检察机关与法院相互的权限与制约,应由刑事诉讼法规定,此类可能涉及各权力机关相互制约的措施不宜定位于技术侦查措施。^{〔1〕}笔者认为这种理解也不准确,一方面,技术措施是否可以由侦查部门自行制定规章来规范,不能一概而论,应该根据技术措施具体的使用情况来决定,而不是看侦查行为本身是否使用技术手段,如果技术措施在侦查中的使用可能会强制性地侵犯公民权利,就不能仅仅由侦查部门自我制定规章制度并自我授权,而要由有关立法机关立法授权,如果技术措施的运用不涉及侵犯公民权利,属于任意措施,则可以由侦查部门自我决定。另一方面,也不要求所有的秘密侦查行为都规定在刑事诉讼法中,如作为任意侦查性质的秘密侦查手段则可以不在刑事诉讼法中规定。

2. 秘密侦查与特殊侦查

近年来,在对侦查行为进行概括或描述时,也有一些学者较多地使用了特殊侦查措施一词来阐述秘密侦查或技术侦查,但学者们对特殊侦查措施的内涵界定并不统一。如有的学者认为,特殊侦查措施是指侦查机关及侦查人员采取不同于一般侦查行为的一定的技术方法,发现犯罪线索,收集犯罪证据,乃至抓捕犯罪嫌疑人活动,并把诱惑侦查、卧底侦查、监听、测谎和侦查实验视为特殊侦查。^{〔2〕}显然这些侦查行为有的属于秘密侦查,有的并不属于秘密侦查,如测谎要取得测谎对象的同意,并无秘密性可言。也有的学者认为,特殊侦查措施是指侦查机关根据某些犯罪、某类案件的新特点或特殊情况,为了有效地侦查破案、揭露和证实犯罪,而创造或改进的新型侦查措施。^{〔3〕}这些所谓的新型措施比较多,包括“异地用警、异地羁押、公开悬赏、诱惑侦查、破案

〔1〕 王琳:“论刑事诉讼中的‘监听’”,载《人民检察》2002年第9期,第6页。

〔2〕 蒋石平:《特殊侦查行为研究》,暨南大学出版社2008年版,第8页。

〔3〕 马海舰:《刑事侦查措施》,法律出版社2006年版,第393页。

战役、通告寻证、控制下交付、境外调查取证、跨国联合侦查、规模调警”等十种措施。这种概括显得过于宽泛，公开悬赏、通告寻证并不属于什么新型措施，古已有之。异地用警、规模调警也并不属于严格意义上的侦查行为，它不是针对犯罪行为实施的调查取证行为，而仅仅是一种警力使用的方法。而从这些新型措施中也看得出来，有属于秘密侦查的行为，也有公开实施的行为。有的学者则认为特殊侦查就是秘密侦查，认为特殊侦查手段包括监控类侦查、卧底类侦查、诱惑类侦查和传统侦查行为加密类侦查等特殊类新型侦查手段。这些侦查手段的共同特征“即被侦查人员并未意识到侦查手段的运用，正是从这个角度上讲，这些侦查手段又可以被称为‘秘密侦查’”。^{〔1〕}联合国通过的《联合国反腐败公约》与《联合国打击跨国有组织犯罪公约》中使用的也是“特殊侦查手段”。在这些规定中，特殊侦查措施或特殊侦查手段都属于秘密侦查行为。

由此可见，对于特殊侦查概念的使用比较混乱，不同的学者完全在不同的内涵上使用此概念。针对各种新型复杂的有组织犯罪、高科技犯罪，新近出现了一些新的侦查方法和侦查措施，由于其与传统侦查手段具有明显不同的特点，传统诉讼程序对其进行法律规制也面临着诸多新的问题，因此一些学者或实务工作者把某些侦查手段称为特殊侦查行为也有一定的道理。然而何谓特殊，何谓一般，缺乏科学的标准或约定俗成的标准，无法进行统一分类，概念具有流动性。而秘密侦查强调侦查行为的隐蔽性，要求不被侦查对象知悉，标准明确，辨识度高，范围容易界定，可以作为科学研究的对象。因此笔者认为，对这一类侦查行为的概括，用秘密侦查概念较好。

二、秘密侦查行为的特征及分类

（一）秘密侦查行为的特征

关于秘密侦查的特征，学者们也从多方面对其进行了总结，有的学者认为秘密侦查存在隐蔽性、主动性、持续性、兼容性、复杂性和适时终止性等几种

〔1〕 中国人民大学法学院陈卫东教授持此观点。见陈宝成：“‘特殊侦查’将可作为定案根据”，载《南方都市报》2010年6月26日，第A16版。

特征;^[1]有的学者认为秘密侦查的功效性特征有主动性、直接性、有效性及非强制性与权利侵犯的无形性;^[2]还有学者认为秘密侦查的特征是秘密性、技术性、程序性、必要性、强制性和侵犯性。^[3]这些特征的概括都与学者们对秘密侦查的界定紧密联系,正如笔者在前面所分析的,这些概括过于复杂化,都没有准确地反映秘密侦查的特征。如上述特征中的有效性、程序性、持续性以及主动性等特征不仅仅是秘密侦查才具有的,而是很多侦查行为都具备的特征,因此并不反映秘密侦查的特征的独特性。笔者认为,与一般侦查行为相比,秘密侦查行为的特征主要表现在三个方面:

第一,行为的隐蔽性。行为的隐蔽性是秘密侦查的核心特征,为了实现查找线索、收集证据或缉拿罪犯等侦查目的,也为了保障侦查人员以及相关人员的的人身安全,一些侦查措施需要秘密进行,它要求对侦查行为实行严格的保密。这里保密的要求也是多方面的:一是保密的内容比较广泛。对于秘密侦查而言,整个侦查活动都要保密,包括有关人员的身份、侦查人员的意图以及侦查进程和侦查内容都要保密,甚至对秘密侦查行为所获得的材料都应当保密,不能轻易披露,因此,并不是如某些学者所说,秘密侦查中需要保守的秘密仅局限于侦查人员的身份和意图。^[4]二是知情人员范围最小化。从保密的要求来看,知情人员应控制在必要的限度内,从安全角度考虑,知情人员应当越少越好,除了决定和直接实施秘密侦查行为的执法人员之外,其他人员一般都不应当知情。有的学者将秘密侦查行为界定为侦查对象不知晓的行为,把保密对象仅限于侦查对象显然不够准确。三是保密时间不确定。保密时间长短要视案件情况具体而定,大部分秘密侦查行为的保密期随着案件的审判结束而结束,因为所有的因秘密侦查手段而获取的证据都要在法庭上出示,一旦审判结束也就无所谓秘密了。但有些秘密侦查行为中所涉及的秘密的保密可能会持续很长时间,如涉及卧底人员或线人的安全问题,即使案件审判结束也需要保密,保密的时间可能要一直延续至相关人员安全为止。对此,有的国家在法律中予以明确规定。如《德国刑事诉讼法典》第101条规定:“一旦对侦查目的、公共安全、他人人身或者生命以及派遣的秘密侦察员的继续使用不会构成危险的时候,应当将采

[1] 见艾明:《秘密侦查制度研究》,中国检察出版社2006年版,第30~35页。

[2] 程雷:《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79页。

[3] 俞波涛:《秘密侦查问题研究》,中国检察出版社2008年版,第37~47页。

[4] 见艾明:《秘密侦查制度研究》,中国检察出版社2006年版,第30~31页。