

# 秘密侦查制度略论

田椰子

(四川大学 法学院,成都 610227)

**摘要:**2012年3月4日的刑事诉讼法的修改在第二编增加专节“技术侦查措施”,以此来弥补之前刑事诉讼法关于“秘密侦查”的空白。秘密侦查作为一种特殊的犯罪侦查方式,它的存在具有重要的应用价值。秘密侦查是一种具有特殊效力的侦查方法,这使得它可以在“秘密”状态下最大化地打击犯罪。但不可忽视的是,这同样是一种侵犯公民权利的侦查方法,还会因为其隐秘性造成外界对秘密侦查具体执行监督的一种无力。为了对秘密侦查制度有一个具体的全面的认识,首先需要对秘密侦查的概念、特征、分类等进行阐述,以明确秘密侦查的界定;通过对其存在的合理性及潜在风险进行合理分析,结合当前刑事诉讼法的修改,对相关条文进行探讨,详细分析其存在的进步和不足,借鉴当前有利的经验,对秘密侦查法治化的中国模式提出相关建议,以期望秘密侦查能在中国得到更好的发展,使得秘密侦查制度发挥最大的作用。

**关键词:**秘密侦查;合理性;潜在风险;人权;监督审批;权利救济

**中图分类号:** D925.2   **文献标志码:** A   **文章编号:** 1672-8580(2015)03-0057-12

有学者说过:“社会发展决定犯罪发展,犯罪发展决定刑法发展,这大概是一个规律。”<sup>[1]</sup>随着社会经济的飞速发展,各种新型犯罪也层出不穷,犯罪分子逃脱刑罚处罚的方法也是日益多样化,这不仅增加了刑侦难度,也是给传统的侦查方式提出了新的挑战。为了应对这一难题,最大程度地及时打击犯罪,各国纷纷尝试将秘密侦查合法化并加以运用。中国历来在实践中就有不少秘密侦查的举动,在这次刑事诉讼法修改中,终于将之写入刑事诉讼法,使得这项权利的行使有了法律依据。对秘密侦查制度展开研究,不仅是为了厘清秘密侦查制度的一些相关定义,更为重要的是对其具体适用展开分析。一项制度的好与坏,往往是通过实践中的运用来展示的。研究秘密侦查制度,是为了全面地解释清楚秘密侦查制度,权衡其使用的利与弊,更好地与国际社会接轨,完善我国秘密侦查制度的法治化发展。在我国当前社会中,秘密侦查的使用越来越多,对公民隐私权的威胁也是愈加增多,尽管刑事诉讼法中列专节规定了这一

**基金项目:**国家社会科学基金 2014 年度重点项目(14AFX014)

**作者简介:**田椰子(E-mail:scdxtyz@163.com)

侦查制度,但是具体的适用还是不够详细,侦查权的行使也多是以前侦查机关的自由裁量。立法上的规定仍显得有些薄弱,学界中对于秘密侦查的研究不少,但是研究的深度和广度较其他的一些专题略显不足。目前对于国外的关于秘密侦查制度的规定及实践运用和新的发展由于一些限制,没有一个十分具体深入而细致的了解;而国内关于秘密侦查的研究,多是从学理上进行的理论探讨,也缺乏实证的佐证,这与我国的国家制度的设置相关,对于公、检、法这些机关的信息披露,要做到全面的公开还是相当有难度的。秘密侦查手段虽然可以追溯之古代刑事诉讼阶段,但是将其用法律来明确规制的时间却并不长,其制度化和法治化的进程并没有太长的时间,甚至可以说关于秘密侦查法治化的探索在即使法治发展比较健全的英美等国家也是属于早期的探索,这些使得秘密侦查的域内外比较研究的难度加大<sup>①</sup>。对秘密侦查的研究,在很大程度上,不仅仅是单纯对一项制度的剖析,它关系着我国侦查模式的一个转化,对整个刑事诉讼程序的改革都有着重大的意义<sup>②</sup>。

## 一、秘密侦查概述

### (一)秘密侦查的概念

秘密侦查,顾名思义,就是与公开侦查相对应的一种侦查手段,目前国内并没有一个统一的定义,不同的学者有不同的观点。有学者认为,“秘密侦查,即侦查机关采取隐瞒身份、目的、手段的方法,在侦查对象不知晓的情况下,发现犯罪线索,收集犯罪证据,乃至抓捕犯罪嫌疑人的活动”<sup>[2]</sup>;也有观点认为,“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”<sup>[3]</sup>;还有专家认为,“秘密侦查措施是指为了对付危害大且侦破难度高的某些特殊犯罪,在法律规定的范围内,侦查机关针对特定案件的侦查对象,暗中收集犯罪的证据和情报,以揭露和证实犯罪的一种隐蔽性和强制性的侦查措施”<sup>[4]</sup>。

综合以上种种观点,不难发现,这些定义之所以有所不同,主要就在于对于侦查主体、侦查对象、侦查方法的表述有所差异,但不能否认,大家都对秘密侦查的隐蔽性作了肯定表述。由此可知,秘密侦查首要的是不为侦查对象所知,是比较隐秘的一种方式,这也是它和公开侦查最大的不同。正确对一个概念给出定义,应该结合不同背景做出不同的具体解释。所谓秘密侦查,是为了应对犯罪手段多样化而且更加狡诈而生的一种针对特别案件,在犯罪嫌疑人知情的情况下难以完成侦查任务的情况下,在法律许可的范围内采取隐秘手段,为收集罪证打击犯罪的调查活动。

### (二)秘密侦查的特点

#### 1. 隐秘性

隐秘性是秘密侦查的一个基本属性,从名词本身就可以看出来,秘密,即点明了是暗地里不为人知的实行某些行为。秘密侦查的隐秘性包括了侦查主体和侦查手段的隐秘性两个方面,也就是说,在秘密侦查中,不仅是侦查手段,连侦查主体也是对外保密的。在有些卧底案件中,侦查主体的身份暴露,后果将是可怕的,不仅侦查人员生命会受到威胁,更有甚者,将会使整个调查陷入僵局,犯罪分子将会坑害更多的不特定人群。

主体的隐秘性也是主体的有些行为的一种豁免,比如线人和卧底。线人和卧底在侦查行为中,很有可能会参与相应的犯罪活动,因为只有加入参与才能掌握更多的证据了解更多的内幕,但是在追究犯罪予以刑罚处罚时,对他们所参与的犯罪行为,一般都是不予追究的。外国许多国家在这方面也有专门的立法规定,例如葡萄牙《关于预防毒品贩运立法决定》第 59 条就有相关制度的规定:侦查员在侦查过程中,以秘密身份或者通过第三者买入毒品或者其他麻醉物品的,不得因此类行为受到追诉。

秘密侦查的隐秘性是决定侦查能否成功的一个关键因素,这也是作为特殊属性的一个存在。

## 2. 必要性

必要性,是说秘密侦查的施行应该具有必要性,即除了采用秘密侦查外,其他一般的侦查方法确实无法掌握罪证,与此同时,还应该对案件的性质进行限制。除非是严重危害公共安全或者人身安全案件以及重大社会影响案件,在常规侦查手段难以搜集罪证的情况下才能采用秘密侦查。这是秘密侦查手段施行的前提条件,也就决定了实施秘密侦查必须是在十分必要的情况下。必要性的存在在一定程度上也是为了证据的采信,如若不然,则可利用非法证据排除规则不予采纳。

虽然不少国家都规定了秘密侦查的合法性,但是对于其存在的必要条件,都是有相关硬性规定的,如美国 1968 年的《综合犯罪控制与街道安全法》中就规定,只有在常规侦查措施已经失败或不可能成功或过于危险时才能采用秘密监听手段<sup>⑤</sup>。德国《刑事诉讼法》第 100 条 a 规定,只有在以其他方式不能或难以查明案情、侦查被控制的住所的条件下,才允许命令监视、录制电讯往来<sup>⑥</sup>。这就说明了秘密侦查的施行是以必要性为前提的。

## 3. 法定性

秘密侦查一旦开展,难免对个人的隐私权、知情权等权利造成一定的侵犯,这也是历来关于秘密侦查的一个争议点。为了尽可能地保障公民的权利,这也就决定了秘密侦查应该具有法定性。只有在法律许可范围内,由法定机关批准,交由侦查机关按照法定程序来开展侦查活动。而且,侦查必须立足于一定的事实依据,只能针对与案件有关的人,不得涉及其他民众,也不能仅凭臆想就随意开展秘密侦查。法定性是由其本身的双面性决定的,有利有弊,当然应该用法定性将其弊端减小到最小。

目前多数法治发达国家普遍都采用程序法定来规制秘密侦查手段的使用,将审批权和侦查权的行使机关分开,使得侦查行为得到一定的监督,这是秘密侦查权合法使用不随意侵犯他人隐私权的一个重要保障。通过对秘密侦查手段行使程序的法律规定,也可以增加作为证据使用的证明力。

### (三)秘密侦查的分类

鉴于目前各国对于秘密侦查的界定及相关政策法律的发展进度不同,因此,不同的国家对于秘密侦查的形式分类也是不尽相同的。为了更好地厘清秘密侦查这一概念,需要对其进行细度上的划分。

#### 1. 根据实施秘密侦查时所采用的方式划分

秘密侦查,首要的是行为人主观上的隐密性要得到保证,按照侦查机关实施侦查的方式

来看,可以把秘密侦查分为以下几类:

(1) 技术侦查主要是依赖先进的各类电子设备等技术方面的优势对犯罪行为进行监控。有学者指出,“技术侦查是指有权的国家机关为了侦查犯罪而采取的特殊侦查措施,包括电子侦听、电话侦听、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”<sup>[7]</sup>。

(2) 诱惑类侦查是指刑侦人员对那些已经犯过罪但是指控证据不足的犯罪嫌疑人,设定条件诱使其犯罪,以得到指控其犯罪证据的一种侦查方式。这既是为了破案的需要,也在一定程度上触犯了相应的道德底线,所以在实际应用中应该有所控制。常见的诱惑侦查有控制下交付、虚假表示购买等手段。这种侦查方式的使用前提就是有欺骗性质存在的,通过向犯罪嫌疑人虚假地提供某类信息,然后促使其再一次实施犯罪行为以得到证据。关于这一类侦查在重视隐私和道德的国家往往饱受争议。

(3) 秘密派遣调查人员,根据被派遣的人身份不同,可以分为两类:内线侦查和外线侦查。内线侦查是侦查人员隐藏身份,化身为犯罪分子中的一员,卧底调查证据;外线侦查则是通过与犯罪分子接触较多的人来获取证据。这一类即是通常所说的“线人”<sup>③</sup>。

## 2. 根据侦查行为对相对人权利的侵害程度划分

秘密侦查即是采用秘密方式对相对人开展的侦查,按照侦查方式或者进度的不同,对当事人的权利的侵害当然会有所不同。

### (1) 绝对侵权的侦查行为

是指侦查行为的实施,不论其方式如何,绝对会给相对人的一部分权利造成实质上的侵害。比如秘密拍照或者录像,就是对当事人肖像权的侵害;邮件检查或截留则损害了当事人的通信自由权;秘密搜查就是对住宅不受侵犯权的一种损害;监听,则明显是对当事人隐私权的损害。因此,这一类的手段在利用时需要谨慎再谨慎,需时时注意使用的界限和限度,不能毫无节制地实施。关于这一类秘密侦查手段的实施与否,这在当代法治社会是不断引起争议的。

### (2) 相对侵权的侦查行为

主要是指并不直接对相对人的权利造成实质性侵害的行为,这类侦查措施的实施会有一个较大的弹性空间,会跟侦查进度的不同而形成对权利的不同侵害。如秘密守候监视和盯梢行为,这是很难从具体权利侵害上来界定属于哪种侵害行为的,也很难确定是何时的行为侵害了相对人的权利。因为在实践中,可能这些行为都实施完毕了,相对人也不知道在自己身上发生了这些事情,也就无法指出自己的某项具体权利在何时受到了何种程度的侵犯。更何况即使相对人发现了这些监视跟梢行为,也不等于说其权利受到侵害。

### (3) 欺骗性侦查行为

对于欺骗性侦查行为,这在一些主张诚信的国家比如英美等地是受到人权专家的反对的,他们认为欺骗性侦查的行为的基础前提就是不诚信的,这是一种不公平的手段。比如诱惑侦查,其中指示下交付和虚假购买就是以诚信为损伤来进行后续行为的。这些欺骗性手段的施行,往往会不可避免地影响到民众之间的信任感,造成信任危机,这又将成为影响社会稳定和谐的因素。如何合理运用这一类措施,真正起到打击犯罪的作用,是对侦查机关提出的新挑战。

从上述对秘密侦查行为的几种不同标准的简单分类中可以看出,秘密侦查行为是具有灵活性的,不能以简单的目光来看待这一问题,不同标准的不同分类,说明对秘密侦查的界定不应该过于死板,也不应该死抠字眼,这是一个系统的整体的概念,只有针对不同的事实,做出灵活的判断,才是合理利用秘密侦查手段的第一步。

## 二、秘密侦查的合理性与潜在风险分析

秘密侦查之所以能在现代社会迅速发展起来,这不仅仅是历史的巧合,它的快速发展是有一定的合理性的,但合理却不等同于没有任何的风险弊端。任何事物的出现,都不是标榜着绝对的好或者绝对的坏的。按照马克思哲学辩证原理来看,对待任何事物都应该一分为二,对于秘密侦查,也是如此。其存在,既有独到的好处,也有一定的弊端的。

### (一)秘密侦查存在的合理性

#### 1. 犯罪形式专业化是秘密侦查合理存在的物质基础

秘密侦查之所以存在,与当前犯罪的愈加猖狂是脱不了关系的。随着经济的发展和科技的进步,第三次科技革命之后,以毒品犯罪、恐怖组织犯罪、有组织犯罪、贪污贿赂犯罪等为主要代表的犯罪类型给世界各国的法治化带来了严峻挑战。这一类犯罪具有组织化、职业化、流窜化、市场化和受害人隐密性的特点,如何应对这一严峻形势,减少犯罪的损害,给各国的司法系统出了一个难题,尤其是证据收集指控犯罪方面。而众所周知,这类犯罪,由于没有特定的受害人和一般不为人所知的隐蔽性,加之有的案件受害人不愿意侦查机关介入,那么传统的依赖受害人或知情人报案以启动侦查的方式就显得落后和无力了,往往难以找到信息源头;另一方面,这些犯罪多是有组织的犯罪,组织成员往往具有较强的反侦查能力,特别是组织头目更是狡诈万分,加之成员众多,采用传统方法可能捕获的只是其中不重要的成员,而且不留神还容易跌入其设置的圈套中,这就更加剧了侦查的难度。为了能将更大范围的侦破案件,彻底摧毁犯罪分子的活动据点,卧底调查等手段就成了必须的选择。

#### 2. 追求社会安定是秘密侦查合理化的思想基础

从社会安定和预防犯罪上来说,这决定了秘密侦查作为一种侦查方式的合法存在。随着犯罪分子犯罪行为的日益猖獗,这给人民的心理造成了极大的恐慌,造成了社会的极不安定。如何有效预防犯罪和维护社会安定,抚平人民群众心中的恐慌,这是给司法系统出的新考题。从维护社会安定上来看,秘密侦查手段的使用,能够提高警察打击犯罪的精确性,增强刑事追诉的可行性,这样能减少法律中的“漏网之鱼”。从预防犯罪角度来看,正是因为秘密侦查的隐密性,会使得犯罪分子在实施犯罪行为前因为有所顾忌而不太敢肆意妄为,为了自身的安全性,可能会降低犯罪行为,这便是秘密侦查合理性的思想基础。

#### 3. 秘密侦查合理性的社会心理

从社会心理基础上分析,尽管秘密侦查手段的实施会在一定程度上损害相对人的部分权利,但是从社会大众的角度来看,这是以一种小的牺牲来实现更大的和谐。采取秘密侦查手段侦破那些危险的影响重大的案件,可能影响少数人的部分权利,却能使多数人免受犯罪侵害,这是一种“两害相权取其轻”的做法,以部分权利的损害来实现更大的稳定,是被大众所认可的。

#### 4. 技术解放的直接效果

电子监控、电话监听、邮件监控等技术侦查手段的利用,在一定程度上是对传统的人力资源的解放,可以更好的实现资源配置,更大程度上发挥人的价值;而且由于这一类技术的可复制性,使得采集到的信息作为证据出现有了更大的可信度(相对于人的记忆而言)。

#### 5. 实施效果上的合理性

秘密侦查对犯罪的抑制主要体现在针对一些特定的犯罪方面,法国刑事警察局的创始人尤金·维克多曾一针见血地指出:“以贼捉贼”的方法是最为有效的侦探策略、“只有罪犯才是最好的侦探”。这很大程度上肯定了秘密侦查手段在控制犯罪上的有效性。比如毒品犯罪、绑架犯罪等。毒品犯罪中的卧底可以为指证犯罪提供有力的证据,而绑架犯罪中的控制下交付更是在实践中屡屡使用,为解救受害人惩治犯罪提供了便利。“卧底侦查是险招,也是胜招,还是最后不得已的绝招”。<sup>[8]</sup>短短一句话,就深刻点明了秘密侦查对掌握犯罪的重要作用。

另外,秘密侦查通常具有长期性的特点,可能在实施犯罪的初期就开始采用了,很多时候,它还具有阻止犯罪行为继续施行的效果,将犯罪扼杀在摇篮中,使犯罪的影响降低到最小,这也是预防功能的一个体现。

秘密侦查是随着犯罪手段的不断升级而得到采用的,既然这样,便具有了特定的效果,正如专业的药治愈特定的病症一般,往往能一针见血地指出最核心的地方找到最致命的证据,这正是其他侦查方式所不能比拟的。

综上,秘密侦查作为一种制度之所以能存在并得到发展,其存在本身就是具有合理性的,只有当合理性达到一个程度,才能被公众所认可,从而得到发展。然而这种认可却并不是百分之百的,作为一种侦查手段,它同样具有潜在的风险性。

### (二)秘密侦查的潜在风险

有学者说,“秘密侦查手段的使用,在给执法机关带来巨大执法利益的同时,也天然地蕴含着侵犯人权与滥用的风险”<sup>[9]</sup>。秘密侦查自使用以来,一直就饱受争议,特别是人权保卫者更是对其批评得深刻<sup>[4]</sup>。

#### 1. 对隐私权的侵犯

这几乎是所有反对秘密侦查的人都会持有的观点,这似乎就是秘密侦查的一个死角,很好地诠释了什么叫“熊与鱼掌不可兼得”,即使是犯罪嫌疑人,也有隐私权。而使用秘密侦查手段,特别是技术侦查手段,如监听监视等,更是会不可避免地触碰到他人的隐私,这就容易导致侵犯他人人身自由的问题,往往会被上升至违反宪法的地步,使得秘密侦查往往会陷入尴尬的境地。目前不少国家虽然都不反对使用秘密侦查,但是对于隐私权的侵犯,还是一直都在尽力采取措施维护的。

#### 2. 侦查人员的安全问题

这里说的侦查人员的安全问题,并不仅仅限于侦查机关的侦查人员,还包括外部“线人”。当采用伪装身份等手段混迹于犯罪分子中的时候,很多行为就有了不得已的理由。比如说在侦破毒品犯罪中为了获取毒贩的信任而以身试毒,最后导致自身染上毒品无法戒除;又比如在某些暴力犯罪中对他人施行暴力以证明自己的决心和身份,这会使其受到良心的长期煎

熬。诸如此类,这些都是对侦查员的一个考验。另一方面,即使不做这些,一旦被狡猾的犯罪分子识破,那等待他们的将是难以善终的结局。人是环境中的生物,也就是说人容易被环境所影响。长期处于犯罪分子的环境中,为了保密需要对身边的人也要隐瞒,身心的压力无法释放,甚至会遭到亲人朋友的不理解与鄙夷,这些都是需要忍受的。一旦突破了心底的防线,那么假戏真做直至最后滑向犯罪的深渊也就不足为奇了。

### 3. 对侦查本身的影响

虽然秘密侦查具有很强的打击犯罪效果,但是对于外线人员侦查往往会有一步错步步错的结果。外线人员本身不是侦查人员,因为无法保证其自身的素质;而且其之所以成为“线人”,往往是与犯罪分子有一定的联系。这就使其身份可以具有两面性,既可以是侦查方的“线人”,也可能是犯罪方的“线人”,这种双面卧底不仅让人难以窥视其行为的真假,造成侦查的误导,更有甚者,可能与犯罪分子勾结,给侦查人员设圈套,使侦查难以取得进展。

### 4. 监督机制的缺失

由于秘密侦查的隐秘性,因而注定了其侦查的内容只能为少数人所得知,出于保护侦查人员的目的,很可能一个案件直至最后侦破,其中采用了哪些具体的侦查手段,证据究竟是如何得到的,其程序和实际操作中是否有违反法律的行为,这些都不为人所知。这样典型的监督机制的缺失,对侦查人员自身的素质就提出了很高的要求,但谁也无法保证每个侦查人员都是法律的严格守护者加道德的无上尊崇者。缺少监督机制的秘密侦查,其实是不健全的,是很容易造成权力滥用的,可能会沦为政府官员以及侦查人员用来谋取个人利益的工具,这就让秘密侦查的正义性打了很大的折扣。

由此可以看出,秘密侦查并不是万能的,如果在运用中不加以规范,是很容易使其潜在风险变成彻彻底底的损害。当一项手段运用起来的损害大于所带来的利益时,也就说明这一手段应该被彻底废弃了。

## 三、我国法律对秘密侦查的相关规定

### (一)我国当前法律中的规定

放眼世界,不少国家都对秘密侦查在立法上做了规定,为秘密侦查的使用设定了条件,也给予其作为证据采信提供了依据。在我国,由于各代法律工作者的不懈努力,在对秘密侦查的规定上也有了逐渐的进步。当前主要是在三部法律里对秘密侦查有了规定。

一是 1993 年颁布的《国家安全法》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,可以采用技术侦察措施。”第 11 条规定:“国家安全机关为维护国家安全的需要,可以查验组织和个人的电子通信工具、器材等设备、设施。”

二是 1995 年通过的《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,可以采用技术侦察措施。”

三是 2012 年 3 月 14 日通过的《中华人民共和国刑事诉讼法修正案》中第二编中增加的第八节“技术侦查措施”,第 148 条至 152 条,分别从技术侦查措施实施对象、适用时间、取得的信

息的使用目的、诱惑侦查及收集到的资料作为证据的证明力方面做了具体的规定：

第 148 条 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，根据侦查的需要，经过严格的批准手续，可以采取技术侦查措施。

第 149 条 批准决定应当根据侦查犯罪的需要，确定采取技术侦查措施的种类和适用对象。批准决定自签发之日起三个月内有效。

第 150 条 采取技术侦查措施，必须严格按照批准的措施种类、适用对象和期限执行。

第 151 条 为了查明案情，在必要的时候，经公安机关负责人决定，可以由有关人员隐匿其身份实施侦查。但是，不得诱使他人犯罪，不得采用可能危害公共安全或者发生重大人身危险的方法。

对涉及给付毒品等违禁品或者财物的犯罪活动，公安机关根据侦查犯罪的需要，可以按照规定实施控制下交付。

第 152 条 依照本节规定采取侦查措施收集的材料在刑事诉讼中可以作为证据使用。

## (二) 法律规定中的进步与不足

### 1. 较之以前的进步

法律规定的进步主要体现在今年通过的刑事诉讼法修正案中，首先，它扩充了法律上关于秘密侦查的规定，由之前的《国家安全法》和《人民警察法》这两部特殊法律扩充到有具体指导刑事案件办理的《刑事诉讼法》中，明显扩充了法律的规定，显示了对秘密侦查的重视。

其次，具体到刑事诉讼法修正案的内容中，它合法化了技术侦查，虽然在实践中技术侦查手段经常被行使，但是法律的规定还是使得侦查机关能够更加规范化地行使权力，不随意侵犯公民的隐私权及自由通信权等权利，可以对公民的一些人身自由权利的行使增加保障。

再次，刑法修正案中明确列出了可以实施技术侦查措施的几类犯罪情形，“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……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害公民人身权利的重大犯罪案件……追捕被通缉或者批准、决定逮捕的在逃的犯罪嫌疑人、被告人”，这就使得侦查权的行使有了具体的法律规制，可以规避侦查人员的一些主观认定。

另外，刑事诉讼法修正案还明确提出了“依照本节规定采取侦查措施收集的材料在刑事诉讼中可以作为证据使用。如果使用该证据可能危及有关人员的人身安全，或者可能产生其他严重后果的，应当采取不暴露有关人员身份、技术方法等保护措施，必要的时候，可以由审判人员在庭外对证据进行核实。”这不仅解决了证据采信的问题，而且保障了作为侦查员的人身安全，符合《刑事诉讼法修正案》第 2 条“中华人民共和国刑事诉讼法的任务，是……尊重和保障人权……”的规定，更使得通过技术侦查等手段取得的证据的证明力有了明确的法律保障。

最后，在刑事诉讼法修正案中明确了一些秘密侦查措施的施行，是将秘密侦查权单从行政上扩展到行政与司法上，不能不说是法治化的一个进步。

### 2. 相关规定的遗漏

第一，没有明确对于开展技术侦查行为批准手续的具体执行，也就是没有明确由谁批准，



通过怎样的程序批准。不论是《国家安全法》，还是《人民警察法》，或者是《刑事诉讼法修正案》，都只是在条文中提出“经过严格的批准手续”<sup>⑤</sup>这样笼统的表述，仍没有解决如何审批如何控制的问题。

第二，没有明确规定每次技术侦查措施的使用时间。“批准决定应当根据侦查犯罪的需要，确定采取技术侦查措施的种类和适用对象。批准决定自签发之日起三个月内有效。对于不需要继续采取技术侦查措施的，应当及时解除；对于复杂、疑难案件，期限届满仍有必要继续采取技术侦查措施的，经过批准，有效期可以延长，每次不超过三个月。”仔细研读不难发现，对于复杂、疑难案件的延期，没有一个限制规定，这很容易会使技术侦查措施的使用陷入无限延长的境地，这样，对公民人身自由权力的侵犯则是显而易见的了。

第三，对于采用技术侦查手段取得的材料的最后归属没有明确的规定。只是在刑事诉讼法修正案第 150 条中表明：“侦查人员对采取技术侦查措施过程中知悉的国家秘密、商业秘密和个人隐私，应当保密；对采取技术侦查措施获取的与案件无关的材料，必须及时销毁。采取技术侦查措施获取的材料，只能用于对犯罪的侦查、起诉和审判，不得用于其他用途。”及时销毁，是由哪一个机关销毁，有没有监督，另外对于已经采用的信息又该如何保管，这些都是法律规定的遗漏之处。

第四，对于技术侦查与秘密侦查的关系有所混淆。以“技术侦查措施”为章节命名，其下的条文中又包括了控制下交付等属于秘密侦查的关系，这样就显得是秘密侦查从属于技术侦查了。其实，技术侦查手段的使用，可以是秘密的，也可以是公开的，秘密侦查分类中的技术侦查手段则是保密状态下使用了技术手段的侦查。秘密侦查还包括了诱惑侦查和秘密派遣调查人员侦查的方式。厘清两者的概念关系，对于更好地追踪犯罪证据指证犯罪嫌疑人也是有莫大的帮助的。

第五，就是针对刑事诉讼法修正案第 151 条了，它明确提出了“为了查明案情，在必要的时候，经公安机关负责人决定，可以由有关人员隐匿其身份实施侦查”，公安机关负责人，具体是由哪一级公安机关负责人决定在实践操作中可能会有矛盾。另外，有关人员是侦查人员还是其他人员，或者说对其品性是否需要考查，这都是侦破案件的关键因素，很可能会由于侦查人员的不小心而导致线索暴露，不仅殃及自己的生命，还易纵使犯罪分子逃脱法律的制裁。

#### 四、完善我国秘密侦查制度的改革建议

鉴于秘密侦查在处理一些重大疑难案件中有着难以替代的积极作用，那么，如何规范秘密侦查手段的实施，如何弥补当前法律规定及实践中可能的不足，还需要致力于法治事业发展的有志之士们的不懈努力。对于完善中国秘密侦查法治化建设，仅从外国法治发达国家经验，并结合中国具体国情提出相应的对策建议。

##### （一）明确监督和审批主体

由于秘密侦查本身存在着的弊端，不少国家为了规避侦查人员的主观错误，都纷纷对监督和审批机关作了相关规定，如美、德、俄等国都在法律中规定由在审判程序中处于中立地位的法院来签发秘密侦查的令状。有学者对此发表过这样的言论，“由不负有调查责任的中立法

官对警察的调查活动进行司法审查和控制,这对于控辩双方在审判前阶段的平等对抗构成了一种‘平衡器’的作用,成为被告人进行有效防御的必要保障”<sup>[10]</sup>。我国目前立法中并没有明确秘密侦查审查令状由哪个机关来签发,这是急需解决的一个重大问题。明确规定由处于中立的法院来行使审批权,不仅有利于诉讼中控辩双方的力量平衡,而且能使侦查机关更加专注于追踪犯罪寻找罪证,维护社会的稳定。

### (二)确定使用时限和秘密侦查资料销毁制度

如果不确定秘密侦查措施的使用时限,会导致侦查机关的权力得不到制约,更是对相对人的权利的严重侵犯。当前法律虽然规定了批准决定的有限期是3个月,但是针对复杂、疑难案件的延长时限决定,只规定每次不超过3个月,没有具体的次数限制,这就有可能使侦查行动陷入无限期侦查的怪圈,不仅是对人力资源的浪费,也是对宪法中人身权利的侵犯。美国的《综合犯罪控制与街道安全法》中就规定监听的期限一般不超过30天,特殊情况下可以申请延长;德国在《刑事诉讼法》中也明确规定了监听的期限一般不超过3个月<sup>[11]</sup>。这说明了使用秘密侦查手段也并非时间越长越好。

在秘密侦查资料的管理方面,我国着实需要加强管理。为了保证公平性,对于在秘密侦查过程中使用过的侦查资料,可以由保持中立地位的法院设立一个关于秘密侦查资料的专栏来进行管理,这样不仅便于查找,也可免于资料流失<sup>[12]</sup>。对于与案件无关的资料销毁,这也是需要法律规制的,如果没有一个监控机关,很难保证侦查人员是否真的如实销毁了资料,是否可能利用资料进行其他的活动。鉴于此,美国法律规定:“秘密监听的记录以及相关文件必须要妥善保管,非经签发令状之法官的许可,不得销毁,而且保管期限一般为10年以上。”<sup>[13]</sup>德国也规定了当监听获得的资料不再需要使用时,应当在检察院的监督下立即销毁。

资料的使用与保管与相对人的隐私权等息息相关,专门规定由专门机构监督实施是必要且可行的,这也是我国需要借鉴的。

### (三)切实落实对相对人的相关救济制度

作为法律人,几乎人人都熟知“有权利就有救济”这句法律谚语。作为秘密侦查这一直接针对相对人的调查措施,侦查人员的素质可以说是良莠不齐,很可能造成各式各样的错误侦查,这样,对于相对人的救济,也应该是作为法律规定不可少的一部分。

错误的秘密侦查可以分为事实上的错误和程序上的错误,不同的类型,当然应该有不同救济。

首先,针对事实上的错误,即相对人本身并没有实施犯罪行为,但是却成了各种秘密侦查手段的施行对象,这对于其权利已经是一种侵犯,可能还会导致其生活工作上的其他不便。对于这种情况,应该引入国家赔偿机制,对相关人给予一定的赔偿,并对侦查到的信息及时销毁防止流传,将伤害降至最低点。

其次,针对程序上的侦查错误,适用非法证据排除规则是必要的。这可能会使少数犯罪分子因此而逃脱法律的制裁,但是却可以规范司法人员的行为,将遵守法定程序的要求真正贯彻落实。

## 五、结 语

在现代刑事诉讼中,科技的发展越来越多地运用到刑事侦查中,秘密侦查的发展与运用得到了时间的检验,但并不是说在侦查中使用秘密侦查手段就是完全没有风险的。作为一种侦查手段,其体现的合理性有多大,带来的利益有多深,其存在的潜在风险就同样的存在<sup>①</sup>。对一些复杂的刑事犯罪而言,秘密侦查手段的有效性,是其他公开的侦查方式所远不能及的,与此相对的是它对公民隐私权的威胁,这一矛盾是天然存在难以完全化解的。秘密侦查措施的采用会造成国家追究犯罪的公共利益与保护个人隐私权的个人利益之间的紧张关系<sup>②</sup>。对于这一冲突,国际社会上的解决多是对秘密侦查作出法治化和规范化的规定,对公民的隐私权给予最大程度的保护,严格控制秘密侦查的使用。

在我国,秘密侦查如何更好地发展,规避那些风险,是需要法律工作者一代一代不懈努力的,这是一个长期的过程。秘密侦查制度的产生是时代决定的,它的发展需要法律法规不断的规范引导。将秘密侦查制度在刑事诉讼法中予以规定还只是第一步,对于秘密侦查的研究未来的重点还是应该在其具体的适用范围、适用条件和程序的具体施行中,另外关于秘密侦查制度的运行环境也是需要改善的。一项制度如果不能彻底贯彻执行,那它将仅仅只是存在于理论中,脱离了现实的土壤是难以持续发展发挥作用的。但是需要指出的是,秘密侦查在中国乃至世界,一直都饱受着争议,如何将它的利处最大化发挥,仍需要不断健全法律,在实践中不断发现问题并解决问题。秘密侦查在中国的发展道路还很长,这仍将是有志之士为之奋斗的土壤。

### 注释:

① 英美等国家的秘密侦查立法的历史在二三十年左右,国内的秘密侦查立法之前在《人民警察法》中有简单的“授权性规定”,在2012年的刑事诉讼法修改中才规定得多了一些。

② 秘密侦查制度纳入刑事诉讼法中,需要解决的问题是如何做到保障人权与侦查取证的双重效果,这一问题的研究有利于我国侦查模式的一个改进,解决好这一问题对于刑事诉讼程序的改革也有着莫大的意义。

③ 外线侦查中,详细区分可以分为“线人”和卧底。“线人”一般是指向警方提供证据的人,扮演的一般是告发的人,不要求混迹于犯罪分子中,告发属实的一般都会有报酬。而此处的卧底,不同于警方内部派遣的人员,可以是不属于侦查机关没有公务身份的人员,混迹于犯罪分子中,自愿提供线索协助侦查,领取一定的报酬。参见傅美惠一文:卧底侦查之刑事法与公法问题研究,第47页。

④ 秘密侦查与公民的隐私权,天然就有着矛盾,合理使用秘密侦查手段,只能尽可能地减少对公民隐私权等权利的侵犯,完全杜绝几乎是不可能的。这也就是秘密侦查一直被人权保护着诟病的所在。

⑤ 参见《国家安全法》第10条,《人民警察法》第16条,《中华人民共和国刑事诉讼法修正案》第148条规定。

⑥ 秘密侦查在追查犯罪方面有着天然的优势,这是国家打击犯罪的公共利益的体现,但是作为个人隐私权的个人利益在此时极易被侵犯,这种个人利益与公共利益之间的关系自然就是比较紧张,属于此消彼长的一个状态。

## 参考文献:

- [1] 储槐植.犯罪发展与刑法演变[J].江西公安专科学校学报,2002,(5):8-11.
- [2] 何家弘.秘密侦查立法之我见[J].法学杂志,2004,(11):26-29.
- [3] 程雷.秘密侦查比较研究——以美、德、荷、英四国为样本的分析[M].北京:中国人民公安大学出版社,2008.
- [4] 唐磊,赵爱华.论刑事司法中的秘密侦查措施[J].社会科学研究,2004,(1):69-74.
- [5] 丁延松.法治语境下我国秘密侦查制度的现实困境与出路[J].政法论丛,2011,(4):117-124.
- [6] 李昌珂,译.德国刑事诉讼法典[M].北京:中国政法大学出版社,1995.
- [7] 赵素萍,赵飞.秘密侦查证据采信原则研究[J].中国人民公安大学学报,2006,(5):54-59.
- [8] 傅美惠.卧底侦查之刑事法与公法问题研究[M].台北:元照出版社,2001.
- [9] 程雷.秘密侦查蕴藏的争议和风险分析[J].侦查学研究,2008,(5):144-148.
- [10] 陈瑞华.刑事诉讼的前沿问题[M].北京:中国人民大学出版社,2000.
- [11] 张宗亮.秘密侦查制度之比较研究[J].山东警察学院学报,2006,(4):88-92.
- [12] 熊秋红.秘密侦查之法治化[J].中外法学,2007,(2):141-160.
- [13] 李学军.美国刑事诉讼法规则[M].北京:中国检察院出版社,2003.
- [14] 艾明.秘密侦查制度研究[M].北京:中国检察院出版社,2006.

责任编辑:万东升

## On the Secret Investigation System

TIAN Yezi

(Law School, Sichuan University, Chengdu 610207, China)

**Abstract:** The amendment of Criminal Procedure Law added a special section, “Technical Investigation Measure” in Part II on March 4, 2012, which makes up the blank of “Secret Investigation” in the Law. Secret investigation is a special investigative method with special effect, which makes it possible to maximize the fighting effect against crime in a "secret" status. But it can not be ignored that this method is also a violation of civil rights. Moreover, because of its secretive nature, it can cause the inability of the public to perform supervision. In order to have comprehensive understanding of the concept of secret investigation, it is necessary to have knowledge to the concept, characteristics, classification and so forth of the definition of secret investigation. Through the analysis of its rationality and potential risks and combining the current modification of Criminal Procedure Law, the relevant provisions are discussed; a detailed analysis of the progress and shortcomings of its existence is made. Drawing on the current favorable experience, some suggestions on secret investigation legalization of Chinese model are put forward in the hope of getting a better development of secret investigation in China and letting secret investigation system play the biggest role.

**Key words:** secret investigation; rationality; potential risks; human rights; supervision approval; right relief