

论卧底侦查程序法原则

庄乾龙

(山东工商学院 政法学院,山东 烟台 264005)

摘要:运用理论分析、比较的方法将法治国的一些重大原则运用于卧底侦查,试图实现对卧底侦查的程序性控制。分析认为,法律保留原则、比例原则、最后手段原则、对付重大犯罪原则、司法令状原则及个案正义原则可从事前、事中与事后角度实现对卧底侦查的静态与动态的双重控制。

关键词:卧底侦查;法律保留原则;比例原则;司法令状原则;个案正义原则

中图分类号:DF793.2

文献标志码:A

文章编号:1671-6248(2012)01-0073-07

卧底侦查是一项由国家主导的侦查行为,具有极强的侵权可能性。在重视实体结果的传统侦查观念影响下,卧底侦查的秘密性会使侦查机关将此侦查方法运用到极致。公权力的内在扩张性,需要外在的程序予以制约。为平衡惩罚犯罪与保障人权的刑事诉讼目的,有必要设置具有可行性的程序法原则来规制卧底侦查行为,以防一味追求刑事追诉的有效性而滥用卧底侦查手段。马克斯·韦伯曾指出:“从法学上讲,一种现代的法是由‘法的原则’组成的,也就是说,由抽象的准则组成的,准则的内容是一定的事实应该带来一定的法律后果。正如在所有的制度里那样,最通行的划分‘法的原则’,可以分为‘命令的’、‘禁止的’和‘允许的’等法律原则,个人命令、或者禁止或者允许别的人作某事的主观的权利,就是渊源于这些法的原则。”^[1]法律原则不但可以起到控权的作用,还是公民权利的源泉,是卧底侦查获得正当品性的重要保障。

一、法律保留原则:法治化的基本要求

(一) 法律保留原则

法律保留原则是19世纪末德国行政法学者奥

托·迈耶在其撰写的《法国行政法原理》一书中首次提出的概念^[2]。法律保留原则旨在限制行政机关权力,保护民众的基本权利。该原则虽然是行政法原则,但在世界主要法治国家,其影响已经远远超出了行政法的领域。目前大陆法系国家的刑事诉讼法大都规定:司法机关对公民采取羁押、搜查等强制性措施时必须有明确的法律依据,即由立法机关以成文法的形式对强制性措施的种类、条件和具体程序做出明文规定。这被称为“法律保留”原则^[3]。

依法治国的本质是保障人权。法律的基本特征在于公开性、一般性和可预见性,这有助于提高侦查的可预测性、可测量性与可信赖性,确保犯罪嫌疑人之人权不受侦查权的侵犯。与法律相对的是内部规定,它只对内部有约束力,具有非公开性、特殊性与不可预测性之特点,它极不利于保障犯罪嫌疑人之人权。根据法律保留原则,司法行为对人之基本权利的“侵犯”只能依照制定法的授权,不能依据非成文法或一般意义上的正义观念。美国联邦宪法法院的判决亦认为,法律保留原则虽在宪法上并无明文规定,但其源自于基本法第20条第3项法治国原则。其认为,法律保留乃要求行政机关于法律规定下行为,凡干预人民之自由权利,必须以法律定之,此亦为法治国之要求,因此,其源自于法治国原则应

毫无疑问^[4]。

（二）法律保留原则在卧底侦查中的体现

在现代法治国家中,无论是个体权利还是国家机关之权力都不是绝对的。特别是国家权力行为必须被有所节制,以防止其以维护国家安全、社会秩序之名义而被滥用。侦查领域的法律保留原则,本质上是通过强制侦查法定原则来实现的。所谓强制侦查法定原则是指侦查机关实施干预或侵害人民基本权利的侦查行为时,必须有法律的明文规定与具体授权,需要法律明确规定实体要件与程序要件。从法律监督观点来看,法律保留原则是通过立法的方式保障人民基本权利与实现卧底侦查程序的顺利进行。立法授权侦查机关在法定范围内实施特定的方法从事卧底侦查所必要的行为,以此形成平衡国家权力与公民权利的必要机制。

“卧底侦查所采取的措施与活动方式,对于人民法益侵害的严重性,并不亚于强制处分之实施;更有甚者,卧底侦查中所可能实施的必要侦查行为,有可能超过剥夺自由之层次,而侵犯刑法保护法益所涵摄的范围,而此部分之权利侵害行为,须要借助法律保留予以制度化监督,自不待言。”^[5]现行《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称现行《刑事诉讼法》)没有明确规定卧底侦查。公安部制定的《刑事特情规则》间接涉及卧底侦查措施。《刑事特情规则》属于行政机关的内部规定,缺乏公开性、一般性、可预测性等法律的基本要求,明显违背了法律保留原则。卧底侦查作为一种特殊的侦查方法,主要由公安机关来行使,从规制权力与保护权利角度来看,应由成文立法明确规定之。将侦查机关的内部依据或者行政命令作为卧底侦查的依据,难以实现控权与保障人权的目的。坚持卧底侦查的法律保留原则是依法治国的基本要求,有利于打破目前国内卧底侦查立法空白的尴尬局面。

二、比例原则:实质标准的控制

（一）比例原则的传承与超越

比例原则虽是德国行政法学首创的基本行政法原则,但是它的渊源可以追溯到雅典的梭伦时期。雅典的立法者梭伦早已对限度和过度的思想给予了高度的重视,他将正义作为出发点,将限度作为社会秩序的界限,使其成为以后立法者的楷模^[6]。德国行政法学鼻祖奥托·迈耶曾将比例原则誉为行政法

中的“皇冠原则”。中国台湾地区著名行政法学者陈新民教授认为:“比例原则是拘束行政权力违法最有效的原则,其在行政法学中所扮演的角色,可比拟‘诚信原则’在民法中居于‘帝王条款’之地位,所以,吾人称比例原则是行政法中之‘帝王条例’,当不为过。”^[7]德国学者耶律纳克在1913年出版的《法律、法律适用及目的性衡量》巨著中,对警察权的行使提出的几项原则包括:不可以有侵害性、过度性和不可以违反妥当性(目的性)等。以后比例原则开始向行政法、宪法等公法领域扩张。德国联邦宪法法院认为,比例原则是渊源于法治国家理念及基本人权的本质的最基本法律原则。每个人权的本质都可包括这个内在的原则,是一个法秩序的最根本原则,是法治国家原则由自身产生的最高规范^[8]。

在刑事侦查领域,比例原则的运用更应得到加强,因为刑事侦查事关当事人的重大合法权益,最易发生国家权力恣意侵犯公民权利的现象,需要对国家权力和公民权利进行有比例的平衡。在日本,比例原则被作为实施警察权必须遵守的3项原则之一:“警察比例原则、警察功能仅止于维持公共秩序必要的最低限度。其条件和状态与秩序违反行为产生的障碍应成比例。上述原则对普通警察活动均适用,在与犯罪有关的行政警察活动以及司法警察活动中,人们要求尤应慎重使用这些原则。”^[9]陈兴良教授在谈到警察权时也将比例原则作为警察权的行使必须遵守的四大原则之一^[10]。

（二）比例原则的控权与保权

卧底侦查作为侦查的一种特殊手段,极易侵害公民的基本权利,遵循比例原则是现代法治的要求,更是控制高风险侦查行为的重要手段,即卧底应是最后手段,处于例外、辅助和补充性地位。只有用其他方式无法破案,或破案遇到重大困难时,才可以考虑实施卧底侦查,即遵循比例原则的要求。在英国,根据RIPA法令《实施细则》的规定,授权使用卧底侦查手段时,必须考虑必要性原则与成比例原则。必要性原则要求卧底授权需满足法定使用目的。成比例原则要求授权使用卧底侦查手段为必需时,还要考虑手段的使用与通过该手段预计达成的结果之间成比例。这一权衡过程需要考量该手段对相对方的侵犯程度、可能影响到其他人的利益情况及使用该手段的必要性之间是否成比例。当卧底侦查手段的使用在与个案情况的衡量中被认为是过度的,或者可以合理地通过使用其他侵犯性更小的侦查手段达成相应的侦查目标时,有关卧底侦查手段的使用

就被认为是失比例的。英国一些相关内部准则明确规定：“卧底警察的使用必须与所要调查犯罪的严重程度以及相关人的经历、性格相符时，且只有在其他犯罪手段不能达到理想的侦查效果时，方可使用。在卧底侦查设计秘密信息问题时，包括各种证据秘密特权保护的法律关系时，只能在严重犯罪的情形下才可准许使用。”^[11]

比例原则不但是控制卧底侦查的重要手段，在一定条件下，它还是启用卧底侦查的法理基础。德国在卧底侦查立法之前，警方安排卧底警察侦查特殊的犯罪，已经行之有年，而且破获许多大案要案。德国司法实务中通过比例原则来阐释这一缺乏法律依据而又行之有效的侦查行为。德国联邦宪法法院、联邦最高法院以及联邦最高行政法院陆续有过解释：为了对抗特殊危险性犯罪（如贩毒集团与恐怖组织），运用卧底警察是应该被容许的。主要理由是，上述特殊的重大犯罪类型，对于社会的危害性极大，一般的侦查方式又无法加以根除，所以在一定的法律程序下，卧底警察可以被容许。用危险性高的卧底侦查方式去对抗极具社会危险性的集团犯罪，是迫不得已的侦查行为。这种运用小恶去除大恶的行为，是基于利益衡量的考虑，符合比例原则的精神。

卧底侦查的成比例原则主要意义在于控制卧底警察的行为。卧底警察只有在防止可能暴露身份或排除对其进行必要的证据搜集的障碍时，才可以行使法律赋予的一些特殊权力。卧底警察只有在受到无法排除的胁迫或为了保全自己生命，不具有期待可能性的情况下方可实施犯罪行为，且其实施的违法犯罪行为也必须符合利益比例原则，不能为了保护较小的利益而牺牲较大的利益。

适度性原则是比例原则的另一个要求。所谓适度性原则，是指卧底侦查的实施方式、手段等应有合理的节制和限度，不得超出社会可以容忍的范围。卧底侦查本身是带有欺骗性的侦查活动。在卧底过程中，为取得犯罪人或犯罪组织的信赖，应赋予卧底者一定的见机行事的权限。但正如美国、加拿大等国刑事审讯时对判定欺骗方法使用的合法性有一条标准一样，这种方法的使用有一定的道德限度，不能使社会和法庭“受到良心上的冲击”，或者“使社会震惊”、“使社会不能接受”。例如，加拿大最高法院在1981年罗斯曼诉奎恩的案件中，安东尼奥·拉默大法官代表多数意见，承认欺骗因素在刑事司法活动中的容许性。但他同时警告说，所使用的圈套和

欺诈方法决不能具有那种“使社会震惊”的性质，如警察装扮成牧师去听嫌疑人的自白或警察装扮成提供法律帮助的律师来引出嫌疑人的有罪陈述^[12]。卧底侦查的适度性原则要求其欺骗性深度与广度应该能为公众所接受，不能超越社会情感底线。

（三）比例原则的质疑与回应

问题是，卧底侦查比例原则在司法实务中往往并不能得到有效的贯彻。如有学者通过观察荷兰的司法实践得出结论：在实践中比例原则与补充性原则并不能发挥多少既定的规范作用，卧底侦查中的比例原则、补充性原则与重罪原则并未被严格执行。卧底侦查的适用对象通常情况下都会为法院在后续的审判程序中认可，即可以是毒品案件、其他有组织犯罪案件甚至非法赌博案件；而补充性原则也很难适用，如毒品案件本身很难从外部入手使用其他侦查手段进行有效的侦查，只能选用卧底侦查，因此荷兰法院判决违反补充性原则的卧底侦查实例非常罕见^[13]。在英国司法实务中同样存在类似的问题，按照执法者的解释，所谓“不能通过其他侦查手段达成”并非要求执法机关在使用卧底侦查前已经尝试了所有其他类侦查手段且无效，而是只要能够说明其他侦查手段不可行或者不可能在合理的时间内实现侦查效果即可。这意味着，只要与公开侦查手段相比，其结果是能够发现更多、更具有证明力的证据，就可以说明卧底侦查手段的使用符合了比例原则的要求^[11]。比例原则的要求被解释为“结果决定手段”的逻辑，其实效性必然大打折扣，其限制作用是有限的，甚至被认为没有必要设置比例原则。

笔者认为，比例原则在司法实务中的有限性功用并不能否定该原则的重大意义。第一，如上文所述，比例原则对卧底侦查具有双重功能。第一个功能在于控制卧底侦查行为在适度的范围内开展，以防卧底侦查的滥用；第二个功能在于扩张卧底侦查手段，为卧底侦查的灵活运用提供理论支持。卧底侦查的复杂性使得通过设置严密的立法以控制卧底侦查行为的意图难以达成，而比例性原则在很大程度上弥补了立法机械的弊端，能够灵活解释卧底侦查的各种复杂行为，切实发挥卧底侦查灵活性之优势。第二，比例原则具有衡量正义标准的作用。司法实务中对比例原则的突破本身已经说明其行为的不合理性，如果没有比例原则，司法实务中法官及其卧底监督者将失去衡量基本公平正义的标杆。正是比例原则的存在，才暴露出上述学者所担心或认为的滥用卧底侦查行为。第三，比例原则与法律条文

相比具有灵活性与适应性,比例原则的实现需要依靠刚性法律条文的落实。比例原则是一种精神、一种主义,而法律条文是一种具体、一种落实。持否定观点的学者颠倒了原则与条文之间的关系,犯了要求比例原则承担法律条文功能的错误。

三、最后手段性原则： 启动条件的控制

使用其他侦查手段破案,或破案会遭遇重大困难,在不得已的情况下,才考虑运用卧底侦查,这就是最后手段性原则。从比例原则的“法益相称性”要求出发,我们也会得出同样的结论。在犯罪侦查中,“对抗犯罪”显然不是唯一的目标,“保障人权”亦是不可忽视的重要诉求。换言之,启动卧底侦查除需考量国家对抗犯罪利益外,尚须考虑人民对刑事司法正义的需求、对国家正当行为的信赖以及基本人权的保护。立法需对多维利益做全面而适当的权衡,并力求达到这样的效果。因此,任何无效果、太昂贵或是可替代的侦查,都不符合“法益权衡”原则。日本对强制采尿行为的判例就很好地体现了这一点,该判例认为“根据犯罪嫌疑案件的严重性、存在嫌疑、该证据极为重要及取证的必要性、不存在替代的手段等情况,在判定为侦查犯罪确实不得已时,应作为最终手段,在正当的法律程序上,对犯罪嫌疑人人身安全及其人格充分保护后实施”^[9]。

(一) 德国立法例的考察与评析

德国立法规定了卧底侦查的最后手段性原则。这一原则的确立与司法审查原则都反映出德国立法者对卧底侦查侵犯人权风险的高度隐忧。这种立法选择与德国法对隐私权、资讯自决权以及其他宪法权利的独特评价息息相关^[13]。但有学者认为:“最后手段性原则所要求的穷尽其他侦查手段之后方可使用卧底侦查的规定,没有适用的可能,而其他侦查手段无效或不可能达到侦查效果的要求,在使用卧底手段侦查犯罪的情形下也很难满足,因为卧底侦查所对付的犯罪多为隐形犯罪、无控告人犯罪、有组织犯罪等特殊犯罪类型,对这些犯罪的侦查必须依靠秘密侦查,包括乔装侦查、卧底侦查等手段的率先适用方可获得犯罪信息,启动侦查程序,否则侦查机关无从知悉犯罪发生的事实,更谈不上其他侦查手段无效或不可能达到侦查效果的问题。”^[13]该学者看到了卧底侦查的主动性与前瞻性特征,但对最后手段性原则的理解存在误区。按照该学者的观点,

既然卧底侦查所对付的犯罪多为隐形犯罪、无控告人犯罪、有组织犯罪,若不能通过其他手段获得相关证据,又怎能知道存在隐形犯罪呢?如果没有组织犯罪的证据或证据线索又怎么能打进犯罪组织呢?其他手段的无效性并不意味着只有在使用了其他手段不能奏效的情况下才判断其无效,而是根据犯罪的特点以及现有的证据线索等进行事前判断,若使用正常侦查手段将无法获取有关犯罪证据时,则可以认为具备了最后手段性原则。该学者还认为:“最后手段性原则比司法审查原则更为突出地遏制了卧底侦查的滥用。但问题的症结恰恰在于客观的犯罪形势,特别是隐形犯罪、有组织犯罪的挑战,使得这种控制成为抗制犯罪实践的重大阻碍。在德国司法实践中,执法机关恰恰是利用法律仅仅规定了卧底侦查,而并未对其他种类的乔装侦查(如浅层乔装侦查或者线人的使用)附加最后手段性原则限制其漏洞,频繁地使用其他乔装侦查手段突破着法律的限制。”^[13]笔者认为,最后手段性原则是有效约束极具侵权性卧底侦查的重要方式,上述情况的出现与德国立法没有对浅层侦查行为进行法律规制有关,这属于立法缺失问题。该学者将立法缺失造成的问题看成是最后手段性原则的弊端,似有张冠李戴之嫌。没有最后手段性原则的限制,则卧底侦查行为将极有可能被大量的使用,严格限制适用卧底侦查的目的亦将无法实现。

(二) 美国立法例的考察与评析

在美国,有人认为最后手段性原则并不适用于卧底侦查:美国的执法机关具有自我选择侦查手段的权力,在卧底侦查开始前无须证明已经尝试过其他侵犯性更小的侦查手段而无效,且在美国不同的侦查手段之间并无耗费资源多少的区分与排列,因此美国的侦查人员在使用卧底侦查之前,也无须先尝试其他的犯罪侦查手段。美国的侦查实践恰恰相反,侦查人员发现卧底侦查是最为便捷、迅速的破获案件的手段,因此他们经常选择卧底侦查措施,利用该侦查手段的灵活性。卧底侦查甚至已经替代了常规的侦查手段,而不再作为常规侦查手段的附属、补充。卧底侦查手段的非附属地位直接表明了最后手段性原则对美国卧底侦查的规范作用微乎其微^[13]。该学者观点未免过于偏颇。在卧底侦查中,美国侦查实务界倾向于实际遵守卧底侦查的最后手段性原则,并将其作为一种最后的“最后手段”加以运用。如美国缉毒局认为,在长期调查行动中也可能运用便衣调查人员渗透贩毒组织,但为了取得贩毒组织

的信任,常需冒很大的风险,且最大的障碍来自于自身。让一个身处主流社会的人突然深陷于黑社会次级文化的洪流中,大多数侦查人员的能力不足以适应此一完全不同的世界,为此,美国缉毒局基本上不赞同派人卧底的调查技术,因为这是一个高度风险的事业^[14]。曾任洛杉矶市警察局局长的威廉·派克也表示:“警察以这种方式和黑道挂钩,无疑会使警察体制出现贪渎的伤口,其对警察形象的负面影响,甚至不是用破大案可互换的。”^[15]

从上述实务界态度可以看出,多数人愿意将卧底作为侦查的最后手段。从卧底侦查本质看,卧底侦查最后手段性原则是由卧底侦查的高风险缺陷决定的。卧底警察在卧底行为中容易产生过大的压力,根据美国学者的研究,卧底工作的压力来源于以下几个方面:缺乏管理;个人问题;与嫌疑犯之间的关系;对嫌疑人的纵容和渎职行为;被识破的恐惧;侦查技巧的困难;机关间的配合;恢复期的欠缺;缺乏背景;无法适应等^[16]。在美国侦查实务中,曾经发生卧底警察因不堪忍受卧底压力而自毁人生的案件。如美国北卡罗来纳州某名警察因参与一项名为“地狱天使”的卧底行动长达一年半,由此染上了吸毒、酗酒等恶习,导致家庭破裂,并且于行动结束后无法适应正规警察工作,最后,他辞掉了警察工作,并参与了数起银行抢劫案,终至判刑入狱^[17]。另外,因卧底侦查行为的隐秘性,对于卧底侦查的事中监督极为困难,卧底警察被害的风险也极高,此种被害风险既来自于犯罪组织,也来自于不明真相的警察机关与社会人员。例如,美国纽约地区曾有8名警探深入黑道组织中办案,后在警方的围捕行动中,因身份识别不明,而分别被警方射杀或射伤^[18]。卧底侦查的高风险缺陷要求其发动与运用时必须持谨慎态度,只有在不得已的情况下才有适用的必要,这既是控制公权保障人权的法治要求,又是保护卧底人员的必然选择。

四、对付特殊、重大犯罪原则： 对象条件的控制

(一) 适用对象列举控制模式

卧底侦查是一种特殊的侦查手段,侦查成本与附带的危险性都比较高,不适合用来对付轻犯罪或者轻微犯罪,否则有违效益比例原则。如德国相关法律中就规定,对付有组织犯罪、恐怖组织犯罪的典型活动,才值得动用卧底侦查。其典型活动一般表

现为:毒品犯罪,军火犯罪,伪造货币、贩卖妇女、儿童,绑架等。这些犯罪的法定刑都比较高,潜在的社会危险性大,因此,运用特殊的侦查手段对付这些重大的犯罪,不会有手段与目的失衡的疑虑与担心。当然并不是所有的重大犯罪都需要卧底侦查,这还需要考虑犯罪的特殊性。犯罪的特殊性是指潜伏的社会危险较大,运用一般的侦查手段会遇到很大的困难。关于重大犯罪的特殊性,除前述组织犯罪的典型活动外,还应当包括重大的危害国家安全的犯罪,职业性犯罪。

为增加卧底侦查使用的可操作性,有学者以列举的方式将卧底侦查的对象明确化,认为中国使用卧底侦查的犯罪类型也应限于某些特定的犯罪。结合刑法有关规定,卧底侦查适用的罪种应包括:危害国家安全罪;组织、领导、参加恐怖组织罪;非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪;走私犯罪,伪造货币罪及出售、购买、运输假币罪;洗钱罪;伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪;组织、领导、参加黑社会性质组织罪;组织他人偷越国(边)境罪;走私、贩卖、运输、制造毒品罪;制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪等;其他案情特别重大,且采用其他措施难以奏效的有组织犯罪^[19]。

(二) 适用对象综合控制模式

笔者认为罪名的明确化固然可以增加司法的可操作性,但仍存在明显的缺陷。第一,上述列举并没有穷尽所有情形,如最后的兜底条款从理论上涵盖了所有的可能情形,列举的限制意义并不大。如果没有兜底条款,则列举内容又会因机械性而缺乏灵活性。随着社会的发展,随着立法新罪名的出现,封闭式的列举难以满足司法实务的需要。第二,明文列举还有可能存在一种误导,认为只要属于列举罪名,就可以适用卧底侦查手段,为不适当地扩大使用卧底侦查提供了“合法”依据。鉴于此,宜采取原则性规定加司法审查控制的方式来确定卧底侦查的适用对象,原则性规定可以以术语描述加具体提示性罪名的方式综合界定卧底侦查适用对象,司法审查应综合侦查的难度、社会危害性、侦查的危险性等方面进行判断,以最后确定是否运用卧底侦查行为。

五、司法令状原则:卧底侦查的 动态控制

为保障社会秩序和安全的需要,强制侦查措施

有其存在的合法性。在必要的情况下,允许国家权力强制性地侵犯公民权利。但国家权力具有扩张性,为防止国家权力滥用,一方面必须对国家行使的强制性权力予以划分与限制;另一方面,必须对强制侦查措施进行审查,使公民合法权利受到法律有效的保护。

(一) 卧底令状一般内容

司法令状原则要求代表国家利益的侦查机关必须遵循法定的刑事诉讼程序开展调查,在涉及到犯罪嫌疑人重要权利处分时,不能够单方面做出决定,而必须经过司法机关的司法审查程序后才能够做出决定。卧底侦查的隐秘性与公权性使得其极易侵犯有关人员的合法权益,有必要设置相关程序予以控制。在德国,运用卧底侦查应得到检察官事前同意且应送请法官审查。检察官作为侦查主体,法律的专业素养要高于警察,可以做精确的法律审查。但如情况急迫,不及事先取得检察官同意,侦查机关长官可先行决定安置卧底警察,但必须在实施后及时送请检察官审查是否同意,如果检察官审查后不同意该决定,则应立即撤回卧底警察。如预估卧底期间必须经常侵入私人住宅,或从事其他侵害人民基本权利的行为(如通讯监察、搜索)时,则应依法定程序送请法官审查。卧底侦查任务结束后,侦查机关亦应将整个卧底侦查的运用程度及相关卷证资料,送请法官审查是否违法或逾越必要程度^[5]。

令状制度是一种刑事程序制度,具有程序性价值。而程序是自由的保障,程序在国家权力和个人自由之间划分了一条界限,这条界限标志着个人自由和权利的适当范围同政府为更大利益而采取行动的适当范围之间的分界线^[20]。公正与人权也是令状制度的2个极为重要的价值。卧底侦查令状制度的主要功能是控制卧底侦查,其主要通过事前审查与事后审查2种方式来实现。事前审查能够对卧底警察产生威慑效应。司法审查不仅在应用时可以保障个人权益,且会对行政人员产生一种心理压力,促使他们谨慎行使权力^[21]。通过事前的筛选、淘汰过程,还可以预防缺乏实体要件和必要条件的卧底侦查行为,防止卧底警察做伪证,并避免事后审查中法官产生偏见。事后审查主要是针对侦查行为的相对人提供事后的司法救济性质的审查,它由当事人双方参与,而且被告有辩论的机会。但是在卧底侦查中,因卧底警察身份的特殊性,当面对质的事后审查方式应该受到限制,应对卧底警察采取特殊的保护措施,不至于因司法审查而造成威胁人身安全情况

的出现。

(二) 卧底令状特殊控制方式

卧底侦查中的司法令状与传统意义上的令状主义有着重大区别。传统司法令状原则重在保护犯罪嫌疑人权利,是针对被动性侦查适用的。卧底侦查作为应付有组织犯罪的特殊侦查方法,具有前瞻性与主动性。卧底侦查的具体对象有时并不明显,通过司法令状细致划定卧底警察的职权不具有现实性,也与适用卧底侦查的目的相违背。为此,卧底侦查令状在具有控制侦查权的同时,具有较大的控制犯罪的功能,体现在令状制度中就表现为事前审查的笼统性与模糊性,以概括授权的方式进行。而对于事后审查则以保证卧底警察人身安全为原则,同时为体现应对犯罪的及时性原则,卧底侦查令状原则应允许存在例外情形。侦查主体在申请令状来不及,在可以报告就近长官的情况下,及时安排卧底侦查,随后再申请司法令状。

六、个案正义原则： 司法对立法的实现

(一) 个案正义的内容展现

法律是对具体生活的高度概括,具有普适性,往往体现出抽象的正义。而个案正义是具体的正义,普遍性正义以个案正义为目标,普遍性正义需要个案正义的实现为条件。个案正义是普遍性正义统领下的正义,两者在原则上具有一致性,但在很多时候两者之间存在相互冲突的情形,特别是在利益主体多元、利益诉求差异较大的情形下,一般正义的规则并不能保证个案正义的真正实现,需要在个案的不同利益之间寻求某种平衡。卧底侦查行为牵涉到人民基本权利、国家利益与卧底警察合法权益3种重要利益。这3种权益不存在何者占优势地位的情况,而是处于动态的平衡中。立法的事先规定虽能够正确地指引司法,但不能应对司法实务中的复杂情势,即三者利益的维护必须借助利益衡量,寻求客观的个案正义。

卧底侦查是一种长期性、计划性、隐秘性且具有高度危险性的侦查方式。卧底警察在犯罪组织或犯罪集团中长期潜伏,与犯罪分子朝夕相处,会有很多突发情况,任何周密的计划都有可能无济于事。对此,卧底警察需要灵活应对,通过隐瞒身份获取犯罪证据并及时将证据或证据线索传递出来,这需要卧底警察享有一定的自由斟酌权。

(二) 个案正义的实现方式

个案正义的维护离不开利益衡量原则^[5]的运用。在卧底侦查诉讼程序中,需要法官通盘考虑各种因素,不能片面追求某一方面的利益,即既要考虑公益也要考虑私益,还要对卧底警察利益保护与犯罪嫌疑人、被告人之利益保护进行衡量。法官在进行利益衡量时需要考虑以下3个方面的要素:第一,必须确实曾经加以衡量,如果根本未予衡量或未完全衡量,则易形成衡量欠缺;第二,在衡量过程中,任何事物、情况若对决定之形成具有意义的观点,不管是事实、利益等,均应纳入衡量的内容,但不可对客观上根本无法期待之行为或无法实现之利益纳入考量或采取客观上不适合之措施,而形成衡量瑕疵或衡量过剩;第三,与本案有关之公益与利益(即卧底侦查目的与人权保障)比重不得误认,相互间的比较不得不成比例。换言之,不同利益之衡量必须合乎比例性,否则构成衡量不合比例^[22]。例如在具体案件中,法官在面对卧底警察所提出的不得已而为之的行为时,应该有义务就犯罪形态、犯罪者的背景、犯罪环境以及卧底警察所处之客观情况进行考量,仔细斟酌卧底警察所持理由是否必要、正当、适合或者其目的与手段间是否符合比例原则,以及受该行为影响之相关第三人可能导致的后果、个案侦查目的等。

七、结 语

现行《刑事诉讼法》虽未对卧底侦查做出规范,但司法实践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。如何在新的形势下构建或完善卧底侦查制度,是丰富技术侦查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。

卧底侦查程序法原则具有重要的控权功能,它是保障卧底侦查依法进行的基本条件。总体而言,法律保留原则是卧底侦查法治化的重要依据,它是卧底侦查获得正当品性的重要根据。比例原则要求卧底侦查的手段与犯罪的复杂、重大性成比例,该原则为卧底侦查的发动划定了实质标准。而最后手段性原则是在比例原则的要求下通过对启动卧底的限制起到控制卧底侦查的作用。对付特殊、重大犯罪原则进一步将卧底侦查限制在特定的空间内。上述原则对卧底侦查的控制具有静态性特征。司法令状原则则实现了对卧底侦查的事前、事中与事后的动

态控制。个案正义原则作为辅助原则,将上述程序法原则转化为司法现实。总之,上述程序法原则之间是一种环环相扣的关系,在相互作用中形成程序合力,对卧底侦查发挥着有力的控权作用,是卧底侦查法治化进程中的重要一环。

参考文献:

- [1] 马克斯·韦伯. 经济与社会:下卷[M]. 林荣远,译. 北京:商务印书馆,1998.
- [2] 陈新民. 德国公法学基础理论[M]. 济南:山东人民出版社,2001.
- [3] 林钰雄. 刑事诉讼法:上册[M]. 北京:中国人民大学出版社,2005.
- [4] 蔡震荣. 行政法理论与基本人权之保障[M]. 台北:五南图书出版有限公司,1999.
- [5] 曾正一. 侦查法制专题研究[M]. 台北:台北警察大学出版社,2007.
- [6] 王名扬,冯俊波. 论比例原则[J]. 时代法学,2005(4):20-25.
- [7] 黄学贤. 行政法中的比例原则研究[J]. 法律科学,2001(1):72-78.
- [8] 蔡震荣. 论比例原则与基本人权之保障[J]. 警政学报,1990(17):58-65.
- [9] 田口守一. 刑事诉讼法[M]. 刘迪,张凌,穆津,译. 北京:法律出版社,2000.
- [10] 陈兴良. 限权与分权:刑事法治视野中的警察权[J]. 法律科学,2002(1):52-68.
- [11] Sharpe S. Search and Surveillance; the movement from evidence to information[M]. Alder-shot: Ashgate Publishing Limited,2000.
- [12] 龙宗智. 欺骗与刑事司法行为的道德界限[J]. 法学研究,2002(4):96-104.
- [13] 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.
- [14] 颜志荣. 美国缉毒经验之研究[J]. 警学丛刊,1994,25(3):54-68.
- [15] 林灿璋. 缉毒工作中卧底侦查及诱陷抗辩之探讨[J]. 警学丛刊,1994,25(1):56-70.
- [16] Stephen R, Donald C. Managing undercover stress[J]. FBI Law Enforcement Bulletin,1999(2):25-36.
- [17] 艾明. 秘密侦查制度研究[M]. 北京:中国检察出版社,2006.
- [18] 徐昉. 美国诱捕技术探讨[J]. 刑事科学,1993(36):36-45.
- [19] 史荣华,徐公社. 关于卧底侦查法律规制的思考[J].

(下转第103页)

Shift from the conventional paradigm to the scientific paradigm

—transformation paths of Chinese media

ZHENG En^{1,2}

- (1. School of Journalism and Communication, Tsinghua University, Beijing 100084, China;
2. Institute of Communication, Zhejiang University, Hangzhou 310028, Zhejiang, China)

Abstract: Through 10 years development, the study of media criticism has transferred from the stage of academic institutionalization to academic breeding. Scholars hold different views on the basic contents of media criticism, but have not formed broad academic consensus yet, which is detrimental to the breeding of academic theories. This situation reflects the anxieties of identity. Therefore, contemporary study of media criticism should undertake a self-reflection, shifting from normal science to the scientific revolution paradigm, and achieve the theoretical breeding. This paper provides three innovative paths for the study of media criticism, which is deep-ecology, media justice and the good governance of media. To achieve the new development and fulfill the academic inspirations, the study of media criticism should be set free from the shackles of pragmatism, utilitarianism and isolationism.

Key words: media criticism; academic institutionalization; identity anxiety; paradigm shift

(上接第 79 页)

中国人民公安大学学报:社会科学版,2005(6):144-149.

[20] 博登海默. 法理学:法律哲学与法律方法[M]. 邓正来,译,北京:中国政法大学出版社,2004.

[21] 王名扬. 美国行政法[M]. 北京:中国法制出版社,1995.

[22] 罗传贤. 行政程序法基础理论[M]. 台北:五南图书出版有限公司,1993.

Principles of procedural law for undercover investigation

ZHUANG Qian-long

(School of Political Science and Law, Shandong Institute of Business and Technology, Yantai 264005, Shandong, China)

Abstract: This paper adopts the theoretical analysis and the comparative methods to the examination of some important law rules in the undercover investigation, in an attempt to achieve the procedural control of the undercover investigation. The author thinks that the legal reservation principles, the proportionality principles, the last resort principles, the principles of dealing with major crimes, judicial writ principles and case justice principles can all be adopted to achieve the dual control of undercover investigation in their static and dynamic state prior to, during and afterward cases.

Key words: undercover investigation; the principle of legal reservation; the principle of proportionality; the principle of judicial writ; the principle of justice cases