

诱惑侦查的程序控制

程 雷 *

内容提要：为应对日益严峻的隐形化犯罪的挑战，在过去二三十年间的侦查实践中，诱惑侦查得到了更多的应用。尽管2012年修改刑事诉讼法过程中，通过新增第151条的规定试图提升此类侦查手段的法治化程度，但由于法律规定的宽泛与模糊、司法处断原则的失当与片面，诱惑侦查适用过程中凸显出执法无序与司法失范的弊端。解决问题的出路是，在法律解释论层面，应当对合法性判断标准、适用对象、程序控制机制与违法制裁后果予以明确；在司法裁断方面，应当跳出“犯意引诱”与“机会提供”二分法的窠臼，基于我国特有的侦查权规制现状，采用控权最为严格的分离式混合模式，即无论是违反诱发他人产生犯意的主观标准，还是僭越客观标准，即侦查人员使用了过度且令普通人难以抵御的诱惑手法，均属违法。

关键词：诱惑侦查 特情引诱 隐匿身份侦查 合法性判断标准

诱惑侦查作为一种侦查人员或其安排的特情通过对侦查相对人使用引诱手段，促使犯罪发生并当场破获犯罪的侦查手段，在我国过去二三十年的侦查实践中得到了更多的应用。^{〔1〕}虽然诱惑侦查可谓自古有之，^{〔2〕}但其扩大适用的趋势，概因侦查机关为应对过去几十年间大量涌现的隐形犯罪而作出的自发性调整。^{〔3〕}与日新月异的执法实践相对照，诱惑

* 中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员、副教授。

本文系国家社科基金项目（11CFX051）和中国人民大学科学研究基金项目（10XNF003）的阶段性研究成果。

〔1〕 国内研究成果探讨侦查机关利用犯罪引诱手段时所使用的术语不尽相同，诸如“诱惑侦查”、“诱饵侦查”、“警察圈套”、“侦查陷阱”等概念都曾被用来指代具有犯罪引诱性质的侦查方法。就是否需要对上述相关术语进行区分，研究者的意见也存在差异，多数研究成果对上述术语未加区分地予以使用。实务界使用的语词多为“控制下交付”、“预备案件侦查”、“特情引诱”等。本文对这些术语未予区分，统一使用“诱惑侦查”来指代此类侦查手法。

〔2〕 参见熊秋红：《秘密侦查之法治化》，《中外法学》2007年第2期，第143页。

〔3〕 犯罪的隐形化（invisible offence）趋势是从犯罪侦查与刑事追诉的角度，将现代社会晚近涌现的新型犯罪类型中的一类，归为犯罪发现困难、犯罪发现消息来源不畅这一特点：这些隐形犯罪要么虽有被害人但被害人往往意识不到犯罪的发生；要么有被害人且被害人知悉了犯罪的发生，但基于各种原因不愿意告发犯罪；抑或犯罪会产生被害人，但由于犯罪尚未实施，被害人尚未出现。See Mark H. Moore, *Invisible Offenses: A Challenge to Minimally Intrusive Law Enforcement*, in Gerald M. Caplan (eds.), *ABSCAM Ethics: Moral Issues and Deception in Law Enforcement*, Cambridge, Mass: Ballinger Press, 1983, p. 21.

侦查的法治化进程却异常缓慢。2012年刑事诉讼法（以下简称“刑事诉讼法”）新增的第151条规定，看似对诱惑侦查进行了合法化授权，〔4〕但法律规定仍显模糊，诱惑侦查到底有无法律上的明文依据仍然存疑。诱惑侦查的合法界限、适用程序等法治化核心要素是否具备，也需要进一步通过解释法律来加以明确。从司法实践的角度来看，2012年修改刑事诉讼法前后，针对诱惑侦查的司法审查普遍存在判断标准不当、推理判断方法欠缺的弊端。除了简单地提出“犯意引诱”与“机会提供”两个空洞的概念外，司法人员对诱惑侦查的审核控制再无其他明确、可操作的凭据，司法失范状态十分严重。立法缺位以及如今的立法规定模糊、司法处断原则与判断标准的失范，必然导致侦查执法实践的无序：诱惑侦查手段的运用存在很大的随意性，在破案考核的压力下设置圈套、炮制犯罪的滥用案例时有发生，这些都严重威胁着公正审判的实现与刑事司法体系的声誉和公信力。基于此，全面检视、分析诱惑侦查运用中存在的问题，分析这些问题的制度性缘由，提出解释论上的应对方案，就具有重大的理论与现实意义。

一、对诱惑侦查的正当性追问：程序控制的逻辑起点

上世纪60年代以来，各国对诱惑侦查的合法化授权过程，无不面临对这类特殊侦查手段的正当性追问。反对者认为，历史已经证明恶劣、败坏的警察执法方法将种下无视法律的恶果、动摇守法公民对司法管理的信心、削弱整个民族与国家的道德风尚。〔5〕秘密侦查手段，特别是诱惑侦查手段的使用，在西方国家引发了剧烈的道德争议与社会质疑。对乔装侦查手段的质疑主要来自于乔装侦查对欺骗手段的严重依赖。〔6〕根据西方国家普遍的文化、社会传统，诚实是高贵的道德品质，而撒谎是极不道德的；乔装侦查使用欺骗的方式本身就可以被看作是一种撒谎行为，因而在道德上是值得质疑的。并且，乔装侦查手段对欺骗的依赖，极有可能损害整个社会赖以维系的人与人之间的信赖关系。在诱惑侦查过程中，侦查人员为侦查对象提供各种犯罪机会或者作为侦查对象的帮凶，会间接或直接地参与犯罪活动；这事实上是通过实施犯罪来追诉犯罪。

另外，尽管当侦查人员为了追诉犯罪而实施了一些轻微、次要的犯罪活动时，大多数国家都赋予其刑事责任豁免权，但这种豁免并不能改变侦查人员确已实施犯罪行为的事实，更回避不了“执法犯法”、“警匪不分”的社会舆论谴责与道德指摘。政府既不当参与犯罪活动，或者作为犯罪的一方介入犯罪，更不当为了执法而违法。〔7〕政府为了执法而违法与其本身所应具有的地位不符。因为，在现代社会国家存在的根据在于民主；国家应当通过自身公平、公正与正直的行为方式，为公众与社会树立高尚的道德风范；而诱惑侦查手段的使用使得政府执法人员以欺骗的方式行事，严重损害了政府在民众中的形象与应有预期。此种政府行为对社会公众心理以及社会运行的影响是十分深远的；这突出体现在国

〔4〕 刑事诉讼法第151条第1款规定：“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。”

〔5〕 美国洛杉矶警察总长威廉·帕克尔1957年作出的论断。转引自 G. T. Marx, *Undercover: Police Surveillance in America*, Berkeley: University of California Press, 1989, p. 129.

〔6〕 同上书，第96页。

〔7〕 同上书，第97页。

家将很难继续倡导健康向上的社会风气,社会道德风尚逐步沦丧,公众有可能模仿政府的行为方式,怀疑、不信任、缺少相互尊重与协作将随着政府的欺骗行为而增长。〔8〕

面对上述一系列正当性追问,多数国家的立法者与政府并未认真回应,而是基于社会发展与犯罪控制的现实需要,基于“两害相权取其轻”的利益权衡,采取了授权使用同时加以程序、实体规范约束的路径,来处理正当性争论与犯罪控制需要之间的矛盾。上世纪60年代兴起于美国、波及全球的正当程序革命为常规侦查手段的应用设置了重重障碍,同时毒品犯罪、白领犯罪、有组织犯罪等隐形犯罪的高发则进一步加剧了警察侦查犯罪的难度。而国际社会的普遍规律是,如果限制警察使用强制手段,则必然会带来欺骗手段的广泛使用。〔9〕政治决策者尽管无法回应正当性质疑,但需要在安全与人权价值的权衡、强制与欺骗方法的交易之间作出选择。多数国家的立法结果表明,尽管对诱惑侦查法理上的正当性并未给予充分的回应与证成,但都基于功利主义策略,本着保障人身权与维系社会安全的需要,通过容许运用欺骗手段来弥补由于强制侦查手段受到愈发严厉的程序控制而引发的警察权效能下降。于是,“两害相权取其轻”的价值权衡逻辑就在诱惑侦查问题上被诠释成了以恶制恶、以欺骗替代强制、以道德指摘换取社会安全。

实用主义价值观对诱惑侦查正当性的处理并未完全遮蔽对正当性问题进行追问的真正价值。恰恰相反,正是存在着上述一系列正当性质疑,程序控制机制才成了各国立法者与决策者授权侦查机关采取诱惑侦查时重点考虑的事项;本文后续讨论的诸多问题,包括诱惑侦查合法性的适度界限、适用范围、审批主体、法律后果等,也才具备了讨论的基本前提。正是对诱惑侦查正当性的不断质疑,促成了程序控制的日益完善。从这个意义上讲,正当性的理论追问与反复证成,构成了程序控制的逻辑起点。

二、诱惑侦查在司法与立法中存在的主要问题

诱惑侦查在我国侦查实践中的运用始于上世纪80年代后期,进入上世纪90年代以来,伴随着毒品犯罪形势的恶化,首先在毒品犯罪的侦查中,特情侦查、特情引诱等手段开始得到普遍应用。〔10〕近年来为应对犯罪隐形化趋势,诱惑侦查适用对象的范围呈逐步扩大的趋势,包括假币、枪支、珍稀动植物犯罪等非法交易型犯罪的侦查中也出现了运用诱惑侦查的案例,甚至部分侦查机关开始将其应用到故意杀人、强奸、盗窃等传统犯罪类型案件的侦查过程中。

〔8〕 参见前引〔5〕,Marx书,第97页。

〔9〕 同上书,第47页。

〔10〕 在我国刑事执法实践中,“特情”是指侦查机关从社会人员中秘密选择用于协助侦查活动的特殊情报人员;与西方国家以及我国港澳台地区所称的狭义上的“线人”近似,均用来指在警方的控制下为侦查活动提供线索或者协助警方开展侦查活动的公民,只不过“特情”是我国刑事侦查实践长期以来形成的习惯性称谓。据考察该用语系从俄文翻译而来,早在第一次国内革命战争时期、抗日战争时期、解放战争时期,就开始使用此称谓指代秘密侦查力量。在1949年第一次全国经济保卫工作会议和1950年第一次全国侦查工作会议上,经党中央批准,此类秘密侦查力量被统称为“特情”;其间虽然在“特情”与“耳目”两个称谓之间发生过变化,但在1981年公安部颁布《刑事特情工作细则(试行办法)》之后,“特情”的称谓得以最终确立。参见程雷:《特情侦查立法问题研究》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第29卷,北京大学出版社2011年版,第516页以下。

2000年以来司法实务界面对日益扩大的诱惑侦查实践，对毒品犯罪中此类侦查手法的界限、后果等问题尝试进行了一些规范。部分省级法院出台了指导本省内毒品犯罪诱惑侦查问题的内部规范性文件，^{〔11〕}最高人民法院也先后于2000年与2008年下发了《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》、《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》（简称“大连纪要”），其中2008年出台的大连纪要是目前规范各地诱惑侦查应用的基本依据。大连纪要作为最高人民法院专门针对毒品犯罪下发的规范性文件，仅对毒品犯罪案件中的诱惑侦查具有规范效力，并明确禁止了三种违法、过度的引诱手法，即犯意引诱、数量引诱与双套引诱。^{〔12〕}大连纪要所要处理的核心问题是引诱合法与否的界限或者说引诱是否适度的标准。显然，最高人民法院对此主要采用的是“犯意诱发”这一主观标准，并辅之以例外情形下针对执法者的诱惑行为的客观标准。^{〔13〕}申言之，“犯意引诱”、“数量引诱”与“双套引诱”中，前两个概念的重心是“行为人本没有实施毒品犯罪的主观意图”或者“本来只有实施数量较小的毒品犯罪的犯意”；行为人如在特情的引诱下实施了毒品犯罪，或者实施了毒品数量超出其本来意图数量的毒品犯罪，则应当对诱惑侦查行为予以否定评价。这种推理逻辑显然是以犯罪意图为核心的主观标准之体现。同时，在例外情形下，对于“双套引诱”，由于引诱者上下双向地制造了“水到渠成”的犯罪情境而导致被引诱人实施了犯罪行为，则执法人员的引诱行为构成客观上的过度；此时无论被引诱人有无犯意，都应当对诱惑侦查行为给予否定评价，这显然是客观标准的推理结论。另外，对于上述三类违法的引诱手段，最高人民法院所认可的制裁后果是实体性的量刑减让，而没有采用程序性制裁措施，包括非法证据排除、终止诉讼，也未采取实体性的无罪判决的处理方式。

上述司法实践规范存在以下四大问题：

其一，前述两个纪要的适用范围局限于毒品犯罪案件，对近年来其他类型犯罪的诱惑侦查问题并无规范效力。

其二，对于判断合法界限的标准与证明过程没有详细的指引，而“犯意引诱”或者“犯意诱发”更多是方向性与原则性的指引，法官很难单纯依据前述两个纪要得出明确的判断结果。这一弊端事实上根源于，长期以来上级法院迷信规范性文件，而忽视通过指导性判例对下级法院进行业务指导的习惯做法与司法体制。再详尽全面的规范性文件，在鲜活

〔11〕 在毒品犯罪侦查压力较大的地区，地方实务部门率先开始在打击毒品犯罪的过程中，制定内部规范性文件对诱惑侦查的使用予以确认。如云南省公安厅1995年制定了《侦查预备贩毒案件的暂行规定》，允许使用“假卖型诱惑侦查”；福建省高级人民法院、人民检察院以及公安厅于1995年联合发布了《关于审理毒品犯罪案件若干问题的暂行规定》，授权侦查机关实施“假买型诱惑侦查”。参见朱晓莉：《毒品犯罪侦查中的控制下交付与诱惑侦查》，《山东警察学院学报》2006年第6期，第81页。

〔12〕 大连纪要规定，行为人本没有实施毒品犯罪的主观意图，而是在特情的引诱和促成下形成犯意，进而实施毒品犯罪的，属于“犯意引诱”。对因“犯意引诱”而实施了毒品犯罪的被告人，根据罪刑相适应原则，应当依法从轻处罚；并且，无论涉案毒品数量多大，都不应当判处死刑立即执行。行为人在特情既为其安排上线又提供下线的“双套引诱”下实施毒品犯罪的，处刑时可予以更大幅度的从宽处理或者依法免于刑事处罚。行为人本来只有实施数量较小的毒品犯罪的犯意，但在特情的引诱下实施了数量较大，甚至达到实际掌握的死刑数量标准的毒品犯罪的，属于“数量引诱”。对因“数量引诱”而实施了毒品犯罪的被告人，依法应当从轻处罚；并且，即使毒品数量超过了实际掌握的死刑数量标准，一般也不判处死刑立即执行。转引自刘志伟等主编：《刑法规范总整理》，法律出版社2005年版，第288页以下。

〔13〕 主、客观两大标准是世界范围内通用的分析诱惑侦查合法性的基本方法。简要来说，主观标准着眼于被引诱人的主观犯意，客观标准则关注引诱人的引诱行为是否过度。关于两种标准的详细介绍，容留后文详述。

并不断变化的引诱手法面前，其规范效果都显得苍白无力。

其三，对违法诱惑侦查的救济采用了实体性的定罪减刑方式，但刑事法理论对于极其过度的引诱手法所制造的犯罪能否被作无罪处理、被作无罪处理的法理依据何在等问题，尚缺乏明确的分析与论证。根据武汉大学毒品犯罪证据与量刑改革课题组2008年在云南对100名刑事案件法官开展的问卷调研，近四成的法官认为在其审理的50%以上的案件中辩方以受到诱惑侦查为由提出了抗辩。^[14]当法官被问及对犯意引诱型诱惑侦查是如何处理的时，超过70%的法官认为相应的被引诱行为应当视为犯罪，但应当或可以从轻处理；也有17.44%的法官认为，这些行为不应当视为犯罪。该项调查得出的数据虽然在选样方面有进一步完善的空间，但至少可以反映两个方面的问题：一是诱惑侦查在实践中的使用频率非常高，相应地会引发不少关于诱惑侦查合法性判断的争议，亟需上级司法机关作出更为明确的判例指引。二是多数被调查的法官仍然遵循了前述两个纪要所规定的对违法引诱行为的处理方式，但也有相当比例的法官对现有的定罪减刑处理方式存在疑虑，主张应当作无罪处理。

其四，“犯意诱发”与“机会提供”的二分法，^[15]作为司法实践审核诱惑侦查合法性的重要指引，在涵盖范围上是片面的，在司法适用逻辑上是混乱的，因而对司法实践的指引效果十分有限。一方面，二者并非相互对应的概念。与犯意诱发对应的应当是没有诱发犯意，而未引发犯意的诱惑侦查的具体手法不仅仅限于提供犯罪机会，比如提供犯罪的对象、提供犯罪的工具、条件、场所、协助人员，还包括其他各种促使犯意暴露或付诸实施的手法。比如，未提供任何便利而只是强化被引诱人的犯意。同时，诱发犯意的手段也包括了各种提供犯罪机会的情形。比如，提供远远高于市场价格的对价引诱他人贩毒。此时，具有极大引诱性的特殊犯罪机会诱使他人产生了犯罪意图，这种引诱手段既可以视为犯意诱发型诱惑侦查，也具有提供犯罪机会的特点。另一方面，从合法性判断标准的角度提出的这对类型化概念，以引诱手段是否促使他人产生了犯罪意图为基本区分标准，完全符合主观标准的判定逻辑，^[16]这在本质上完全局限于主观标准。而主观标准仅仅是多种判断标准中的一种，在其之外还存在客观标准与混合标准，以其中一种作为所有诱惑侦查手段的分类标准，难免以偏概全。在客观标准下，即使被引诱人原本没有犯意，但经侦查人员引诱而产生犯意，只要侦查机关的引诱行为没有超出普通人的预见范围，而仅仅提供了在普通人看来十分正常的犯罪机会，该引诱手段的使用就是合法的；相反，即使被引诱人原本就存在犯意，但侦查人员实施了高度的、令人难以忍受的引诱手段，该引诱也可能被判定为非法的诱惑侦查。总之，在客观标准下，犯意的有无并非判断诱惑侦查合法与否的必要

[14] 参见武汉大学法学院“毒品犯罪死刑适用的国际考察及其对中国的借鉴”项目调研报告，未刊稿，2009年4月印行，第18页。

[15] 针对已经具有犯罪意图的人实施诱惑手段，因为只是强化其已有的犯罪意图，促使其实施犯罪，所以被称为“机会提供型诱惑侦查”。而对原本无犯罪意图的人实施诱惑，则是引诱其形成犯意，并促使其付诸实施，所以被称为“犯意诱发型诱惑侦查”。根据笔者的粗略考察，国内著述较早使用此种分类术语的，参见马跃：《美、日有关诱惑侦查的法理及论争之概观》，《法学》1998年第11期，第15页；孙长永：《侦查程序与人权——比较法考察》，中国方正出版社2000年版，第39页。

[16] 相似的观点参见龙宗智：《诱惑侦查的合法性问题探析》，载龙宗智：《理论反对实践》，法律出版社2003年版，第188页；林钰雄：《国家犯罪挑唆之认定与证明》，台湾《月旦法学杂志》第111期，2004年8月，第219页。

条件。

从立法规定的角度来看，2012年修改刑事诉讼法时虽然增加了第151条第1款，但由于条款规定的宽泛、模糊，司法实务部门普遍反映对三个基本问题缺少直接、明确的答案：首先，“隐匿身份侦查”是否包括诱惑侦查？对这一问题的回答直接决定着执法机关采取诱惑侦查是否具备合法性根据，因此，无论对于侦查机关执法而言，还是对于公诉部门、审判机关审核相关案件而言，这都属于前置性问题。而目前的法律、司法解释和规范性文件对这一问题都未提供进一步的指引，这加剧了执法的无序与司法的失范。其次，“不得诱使他人犯罪”意在禁止所有的引诱行为，还是指不得诱使他人产生犯意？如果是前者，则所有的诱惑侦查手法都为法律所明令禁止；如果是后者，则是否意味着立法者倾向于确立主观标准作为合法性的判断标准？对这一问题的回答直指诱惑侦查法治化的核心问题——合法性判断标准，同时又与前述司法实践困惑交织在一起，迫切需要统筹解决。最后，“为了查明案情，在必要的时候，经公安机关负责人决定”为诱惑侦查的程序控制提出了哪些具体规范？是宽泛的授权，还是可以作进一步解释？对这一问题的回答关系到诱惑侦查的程序控制机制问题，这对于实现诱惑侦查的程序法治至关重要。由此观之，缺乏解释论上对该款规定的适当、合理解释，使得当前司法实践适用与规范诱惑侦查都存在极大的障碍。

三、对刑事诉讼法第151条第1款的解释论分析

刑事诉讼法第151条第1款规定的“隐匿身份侦查”，显然包括特情侦查与侦查人员打入犯罪集团或组织的卧底侦查这两类，因为它们均表现为侦查人员或侦查辅助人员隐匿真实身份开展侦查活动。但是，对于诱惑侦查能否被纳入“隐匿身份侦查”的范围，需要更为细致的论证。

从文义解释的角度来看，诱惑侦查属于“隐匿身份侦查”争议不大。诱惑侦查本身就是特情或侦查人员隐匿真实身份诱使行为人实施犯罪。即侦查人员实施引诱时显然隐匿了警察身份，而特情或线人作为引诱者时就成了侦查人员开展侦查的辅助者，或称之为“延长的手”，其也隐匿了侦查辅助者的身份而促使侦查相对人实施犯罪。然而，容易引起歧义的是该款同时规定“不得诱使他人犯罪”。“不得诱使他人犯罪”从字面来看有两种解读：一是禁止所有的引诱行为。按照这种理解，诱惑侦查虽然属于“隐匿身份侦查”，但立法者禁止这种侦查行为，而只允许特情侦查与卧底侦查这两类没有引诱因素的“隐匿身份侦查”。二是从结果上看，案件是侦查机关一手制造的，没有侦查机关的介入与影响，行为人根本不可能实施犯罪；对此应予以禁止。而制造犯罪的表现形式既可能是诱发了被引诱人的犯罪意图，也可能是对有犯意之人施加了超越普通人承受界限的过度引诱。

当文义解释出现多种结论而体系解释又作用有限时，^{〔17〕}按照法律解释的一般次序，解释者应当转向历史解释，即尽量通过挖掘立法过程中的相关参考材料、立法审议意见与争论等来推断条文的含义。这种解释方法的应用在我国面临的最大困境就是立法过程的透明

〔17〕 值得说明的是，到目前为止，由于诱惑侦查是第一次纳入立法考量，笔者很难从刑事诉讼法的其他条文或其他相关法律中发现足以进行体系解释的凭据。

度低。比如,法律公布时并没有相应的立法理由说明书。虽然根据立法法第14条的规定,全国人大常委会或立法机关委托的机构作为提案人,应对提请审议的法律案作审议草案说明,但这种草案说明由于时间与字数等方面的限制,基本上都比较简短、宏观。^[18]研究者很难从中发现开展历史解释所需的足够信息。鉴于这种状况,笔者只能尽量挖掘修法过程中的其他资料、信息来尝试进行历史解释。当然,需要说明的是,由于资料的欠缺以及资料的信度、公开度等方面的原因,这种解释虽然重要但局限性明显。

从立法背景来看,“刑事诉讼法的修改,是贯彻落实中央深化司法体制和工作机制改革要求的具体举措”;^[19]“技术侦查措施”一节写入刑事诉讼法是落实中央第二轮司法改革任务的直接要求与必然结果。2008年中央公布了第二轮司法改革方案,即《关于深化司法体制改革和工作机制改革若干问题的意见》,将“明确技术侦查、秘密侦查措施适用主体、适用范围、审批程序以及取得证据的法律地位”作为一项独立的改革任务提出。^[20]全国人大法工委在起草刑事诉讼法修正案时,本着明确授权与程序规制两个目标,^[21]增加了“技术侦查措施”一节的5条规定。而“明确授权与程序规制”就是指立法机关需要确认侦查机关在实践中已经广泛使用的各项秘密侦查手段,并为其设置相应的程序规范、证据使用规范。诱惑侦查作为公安机关,特别是禁毒部门早已运用多年的侦查手段必然会被纳入立法考量。

在刑事诉讼法修正案草案的审议过程中,诱惑侦查问题也在正式审议环节被相关代表提出并被纳入立法机关的考量。比如,刑事诉讼法修正案草案在十一届全国人大常委会第22次会议一审期间,全国人大法律委员会委员周光权提出,实施诱惑侦查诱发犯意的不应允许,但提供机会的应当允许;草案中表述的“不得诱使他人犯罪”容易在实践中引起歧义,会给很多特殊案件的侦破带来困难;立法机关应继续斟酌,建议将其修改为“不得诱使他人的犯罪故意”。^[22]这一意见暗含两层含义:首先,诱惑侦查应当被纳入该条的规制范围。其次,诱惑侦查的界限是犯意诱发,犯意诱发之外的诱惑侦查应当容许使用,否则会妨碍对特定类型案件的侦查。立法者显然注意到了这一意见:虽然最终通过的条文并未作出调整,但立法机关的释义书指出,这里的“不得诱使他人犯罪”主要是指不得诱使他人产生犯罪意图。^[23]这实质上认可了犯意诱发型之外的诱惑侦查具有合法性。

尽管通过上述历史解释还原出来的立法意图仍需更多的立法资料证成,但这并没有妨碍立法意图在随后相关法律解释和实施细则的起草中被进一步认可。比如,公安部2012年发布的《公安机关办理刑事案件程序规定》第262条规定,隐匿身份实施侦查时,不得使用促使他人产生犯罪意图的方法诱使他人犯罪。如果从2012年刑事诉讼法通过后公检法机

[18] 关于2012年刑事诉讼法修正案草案的说明,参见王兆国:《关于〈中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)〉的说明》,载郎胜主编:《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改与适用》,新华出版社2012年版,第534页以下。该说明不足9000字,却要对超过半数的条文修改情况进行全景式介绍,显然很难就具体问题的修改意图、考虑因素进行说明。

[19] 同上文,第535页。

[20] 参见童建明主编:《新刑事诉讼法理解与适用》,中国检察出版社2012年版,第40页。

[21] 参见前引[18],郎胜主编书,第276页。

[22] 参见《十一届全国人大常委会第二十二次会议审议刑事诉讼法修正案草案的意见》以及2011年8月十一届全国人大常委会第二十二次会议审议情况记录(全国人大法工委工作文件,未公开,特此说明)。

[23] 参见前引[18],郎胜主编书,第282页。

关相关司法解释、实施细则出台的过程来看，肯定诱惑侦查并明确其界限的立法意图再次得到了确认。因为此轮司法解释和实施细则出台的过程中，各个司法解释、实施细则均被送至全国人大法工委进行事先审核并相互进行沟通。这一过程虽然并无明文法律依据，但事实上实现了立法原意对司法解释和实施细则解释范围的规制。^[24]因此，经过全国人大法工委审核后公布的司法解释和实施细则条文，基本上体现了立法机关对相关条文的立法意图。

综上，通过历史解释可以得出结论：刑事诉讼法的立法原意是认可诱惑侦查的合法性，但同时附加“不得诱使他人犯罪”这一界限。虽无法律效力但事实上发挥着重大指引作用的立法释义书，将“不得诱使他人犯罪”进一步限定为不得诱使他人产生犯罪意图。这一观点显然受到了学界先前讨论的影响，接受了“犯意诱发”与“机会提供”的二分法；认为犯意诱发型诱惑侦查超越了合法性界限，法律上应明确予以禁止，而对于机会提供型诱惑侦查，则应准许实施。这一立法原意与前述最高人民法院会议纪要所确立的判断标准主要是主观标准。由此可见，二分法式的判断标准极大地影响了对诱惑侦查的法律规制，因此，殊有必要对这一似是而非却广泛流行的合法性判断标准展开深入、细致的分析。

四、诱惑侦查合法性的判断标准

（一）比较法上的考察

诱惑侦查使用引诱手段刺激、引发他人实施犯罪，这种手段的合理界限如何划定是各国处理诱惑侦查问题的核心。由于警方的引诱行为作用于被引诱人而导致了犯罪的发生，所以，因警方诱惑而形成的犯罪就天然地包含了警方的介入与犯罪人自身的作用这两种相互交织的因素。对犯罪人刑事责任的处理也就必然要考虑这两种因素在具体犯罪活动的形成中所起的作用；其中警方的介入为客观因素，犯罪人自身的作用为主观因素。不同国家所确立的诱惑侦查合法性判断标准，无不围绕着这两种因素展开，从而形成了三种具有代表性的判断标准：以美国为代表的体现了鲜明主观标准的判断方法，而英国法体现了比较鲜明的客观标准，德国与欧洲人权法院则使用了融合主、客观标准的混合标准。

在美国法中，诱惑侦查的合法性标准是在诱陷抗辩（entrapment defense）的语境中讨论的。过度与非法的诱惑侦查可成立诱陷抗辩，被告人可凭借这种实体性抗辩获得无罪判决，而诱陷抗辩的成立条件即为诱惑侦查合法与否的边界。^[25]在美国确立诱陷抗辩以来的七八十年间，从1932年美国联邦最高法院首例承认诱陷抗辩的索瑞斯案，^[26]直至1992年的雅克布森案，^[27]主观标准始终是联邦法院系统以及多数州法院系统中的主流观点。^[28]诱陷抗

[24] 关于立法机关工作机构审核司法解释的过程，参见江必新主编：《〈最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法〉的解释〉理解与适用》，中国法制出版社2013年版，第548页以下；陈卫东：《立法原意应当如何探寻：对〈人民检察院刑事诉讼规则（试行）〉的整体评价》，载陈卫东主编：《〈人民检察院刑事诉讼规则（试行）〉析评》，中国民主法制出版社2013年版，第7页。

[25] 参见程雷：《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2008年版，第205页。

[26] Sorrells v. United States, 287 U. S. 435 (1932).

[27] Jacobson v. United States, 503 U. S. 540 (1992).

[28] 除12个州采用客观标准，5个州采用混合标准外，联邦法律体系与超过四分之三的州采用了主观标准。See Paul Marcus, *The Entrapment Defense*, 3rd ed., LexisNexis, 2002, p. 174.

辩所要回答的核心问题是，没有政府方的引诱，受到指控的公民是否会实施被指控的犯罪行为。在主观标准看来，回答这一问题应求助于被告人方面的因素，而不是执法机关方面的因素。具体而言就是，在政府方使用引诱手段之前，被引诱人是否具有实施犯罪的意愿、打算或者准备——这在美国被称为“犯罪倾向”——如果被引诱人本就有犯罪倾向或犯罪意图，那么，无论政府方的引诱手段多么过度，被引诱人自身对犯罪行为的实施都难辞其咎，其应当承担相应的刑事责任；诱陷抗辩不能成立。反之，如果能够证明被引诱人原本没有犯罪意图，就可以说明若非政府的引诱或鼓动，被引诱人根本不会实施被指控的犯罪。在这种情况下显然应当成立诱陷抗辩，从而免除被引诱人的刑事责任。对于证明犯罪意图的具体指标要素，美国法上没有统一标准。部分法院总结的判断因素包括：被告人对引诱的回应是否积极；引诱前被告人的主观心态；被告人先前的类似犯罪活动；被告人是否对被引诱的犯罪已经有犯罪计划；被告人的声誉；与引诱人协商时被告人的行为；被告人是否表示过拒绝引诱的意思；被指控的犯罪的性质；警方引诱是否使用了胁迫以及引诱的方式与性质。法官应在综合考量这些因素的基础上判断有无犯罪倾向。

由于主观标准有忽视对执法手段的规制之嫌，加之在考量被告人是否有犯罪倾向时，会不可避免地使用先前的犯罪记录以及品格证据来证明犯罪意图，所以，近年来美国法院的判例逐步开始考虑执法机关引诱手段方面的客观因素，以弥补单纯考虑被告人主观因素的不足。比如，在上述判断是否具有犯罪倾向时所应考虑的因素中，除了大部分涉及被告人自身的因素之外，警方引诱手段的性质与严重程度，也开始被列入法院判断考虑的视线内。而客观标准在少数州的判例与制定法、^[29] 模范刑法典、美国联邦刑法改革委员会刑法草案、参议院乔装侦查审查委员会的最终报告中都得到了采用。^[30]

英国上议院 2001 年作出的卢塞利（Looseley）案判决是在对英国诱惑侦查合法性判断标准进行集中、全面梳理基础上作出的标尺性判例。^[31] 该案确立了偏重于客观标准的检验方法，即更加关注执法人员引诱行为的恰当性，而对被引诱人主观方面的因素关注不多。其判断标准可简要概括为三项具体因素：（1）是否具有合理的怀疑；（2）是否遵循了相应的授权、监管程序；（3）引诱手段是否提供了正常的犯罪机会。申言之，政府的引诱行为与手法，必须与被引诱人在其他情况下可能遇到的引诱相当或同样普通；如果引诱提供的犯罪机会，属于其他人在同类犯罪场景中难以预见的特殊的犯罪机会，则表明犯罪引诱已经超过了合法界限，而演变为过度引诱。

德国以及欧洲人权法院的判断标准则融合了美国的主观标准与英国的客观标准，体现

[29] 根据美国学者的统计，采客观标准的州共 12 个，分别为阿拉斯加、阿肯色、科罗拉多、夏威夷、堪萨斯、犹他、宾夕法尼亚、得克萨斯、衣阿华、密歇根、佛蒙特、纽约。参见前引〔28〕，Marcus 书，第 174 页。从基本的发展情况来看，大多数采用客观标准的州，其法律依据都是制定法，以判例法为依据的是少数。另外，大部分采客观标准的州都受模范刑法典的规定和舍曼案中反对派法官意见的影响。但近年来，采用客观标准的趋势渐渐退去。有学者分析认为，其原因大概是美国联邦最高法院持续不断地坚持、强化主观标准。See Kenneth M. Lord, *Entrapment and Due Process: Moving Toward A Dual System of Defense*, 25 Florida State University Law Review 474 (1998).

[30] See Fred Warren Bennett, *From Sorrells to Jacobson: Reflections on Six Decades of Entrapment Law, and Related Defense*, in *Federal Court*, 27 Wake Forest Law Review 876 (1992).

[31] See Attorney General's Reference (No. 3 of 2000), Re [2001] UKHL 53; [2001] 1 W. L. R. 2060 (HL). 关于该案的详细判理理由以及英国诱惑侦查规制的发展脉络，参见前引〔25〕，程雷书，第 412 页以下。

出较强的混合性。其判断引诱的合理界限的具体标准包括：（1）被引诱人已经存在的犯罪嫌疑程度以及基础事实；（2）被告人的犯罪倾向；（3）挑唆行为与最终犯罪范围之间的关系（犯罪引诱的结果是否超过了犯罪引诱的内容）；（4）挑唆行为本身是否构成了过当的犯罪压力与诱因。^[32]其中前两项因素考虑的是被告人的主观因素，后两项因素则考量执法引诱的手段这一客观因素；融合二者的权衡考量体现了对主客观因素的综合判断。

主、客观标准以及兼采二者的混合标准，是目前法治发达国家判断诱惑侦查合法界限的主要工具。主观标准单纯考虑被引诱人是否具备犯罪意图，其明显的弊端有二：一是可能转化为惩罚人的思想，与现代刑事法着眼于行为之理念有冲突；比如，对意图的证明往往需要诉诸声誉、先前定罪记录等个人历史因素。二是对于具有犯罪意图的人，根据主观标准，执法引诱手段可以不受限制地使用，这有忽视限制国家权力之嫌；即使是对具有犯罪意图乃至犯罪计划、犯罪准备行为之人，其犯罪意图、犯罪计划转变为实际具有社会危害的犯罪行为尚需一定的条件，在国家可以无所不用其极的引诱手段下，许多原本不会外化的犯罪思想都难免不被催生为实际的犯罪活动。而客观标准的局限在于，判断引诱手段是否适当的具体尺度难以具体化与量化。现有的尺度为“正常的犯罪机会”或“社会普通人的反应”，但何为“正常的犯罪机会”或“普通人”，由于实践中根本不存在统一标准，不同个体对待引诱的态度又必然存在差异，故所谓“正常”或“普通”最终只能是依据法官内心的判断标准而被宣称的“正常”的犯罪机会以及被宣称的“普通人”的感觉。由此，法官在个案中形成的客观标准很难成为具有较普遍指导意义的准则；这令执法人员在每次犯罪引诱之前，都要揣摩相应的引诱手法是否仅仅提供了普通的、正常的犯罪机会；这既不现实，也不可能。此外，客观标准完全没有考虑被引诱人的个人因素，而适用统一的“假设人”的判断标准，这存在放纵累犯、重犯之嫌。

既然单独使用主、客观标准都存在难以克服的弊端，那在发现其他更为合理的判断标准之前，混合标准就成了无奈的折衷对策。混合标准对主客观两种因素的适用存在多种组合方式，有同时适用、选择适用与综合考量之分。同时适用的情形在美国被称为“复合式混合法（composite hybrid approach）”，即诱陷抗辩的成立必须同时满足主、客观两种标准；选择适用的情形在美国体现为“分离式混合法（discrete hybrid approach）”，即辩方只要证明引诱行为符合主观标准与客观标准其中之一，即成立诱陷抗辩。^[33]综合考量模式则体现为德国与欧洲人权法院的判断标准，其将主、客观两种标准同时列为参考因素，但没有明确是否需要同时满足或仅需满足其中之一，即可构成过度引诱，而是由法官对主、客观标准综合权衡后作出概括性的判断。

（二）我国的选择

合法性界限问题是规制引诱手段使用的核心问题，其可以细化为两个层次：一是界限标准的大致原则，即采用主观标准、客观标准抑或混合标准的问题；二是界限标准的具体化，即在具体考虑个案因素是否符合相应标准时可以作为参考依据的具体指标。

1. 界限标准的大致原则

主观标准着眼于被引诱人的犯罪意图以及相应的行为，客观标准则着眼于侦查机关的

[32] BGHSt 32, 345; BGHSt 45, 321. 转引自前引 [16]，林钰雄文，第 220 页，第 224 页。

[33] 参见前引 [29]，Lord 文，第 499 页，第 502 页。

引诱行为；适用不同的标准在个案中进行判断可能会得出不同的结论。比较法上的考察表明，两种标准之间，客观标准更有助于限制侦查引诱的滥用，而主观标准对维护社会整体利益、打击犯罪更为有利，但对于保护相对人的个人权益显然不如客观标准更为妥帖。综合考虑上述两种不同的价值取向，将两种标准融合使用是比较理想的选择。

实际上，无论是适用主观标准，还是适用客观标准，都涉及综合考虑被引诱人的主观因素与侦查引诱行为的客观因素。比如，适用主观标准时，需判断被引诱人的犯罪意图是自发的，还是经侦查机关引诱而形成的；而如果个案中被引诱人的犯罪意图并不明确，也就是说不能证明是否为自发产生之时，就要考虑引诱行为是否诱发了犯罪意图，此时必然涉及对引诱行为的合理性、适当性进行判断；这就回到了适用客观标准的问题上。同样，适用客观标准时，通常考量的是所提供的犯罪机会是否为普通的犯罪机会，引诱行为是否超出了普通人的承受度；如果引诱行为令任何普通人都可能实施犯罪，或者是制造了日常生活中通常不可能遇到的犯罪机会，则该引诱行为为过度。但是，在现实世界中，根本不存在所谓的“客观假设人”，也根本不存在绝对的“正常犯罪机会”；引诱是针对具体的、个别的行为人进行的，抛开个别行为人的情形而纯粹地考虑行为是否过度，显然欠妥当。比如，某种引诱手段对普通人而言是十分具有诱惑力的，但对具体的行为人而言，却不一定具有诱惑力。因此，在考虑适用客观标准时，必然要另外考虑行为人的个人因素，这就不得不回到结合主观因素进行考量的问题上。

即使我们倾向于综合考虑两种标准以确立诱惑侦查的合法性界限，也要考虑如何综合二者。对此需要结合目前我国犯罪控制的形势与侦查权配置的现实情形进行选择。笔者个人认为，目前我国侦查权配置的总体状况是侦查权的强制色彩过浓，对侦查权行使的自由裁量权缺乏有效束缚；在侦查程序法治化程度不高、侦查机关还保有大量未受有效约束的强制权的情况下，对诱惑侦查应当给予相对严格的控制；因此，我们应当选择最利于保护相对人权益的标准来界定诱惑侦查的行使限度。比较混合标准的各种配置方案，分离式混合标准最有助于达到此目标。具体而言，只要引诱行为符合了主观标准或者客观标准之一，即可将其视为违法的诱惑侦查。具体的判断标准则可以设置为：当引诱行为导致没有犯罪意图的人产生了犯罪意图，或者提供了非正常的犯罪机会，令任何普通人都可能在引诱下实施犯罪时，引诱行为违法。

2. 界限标准的具体化

这一问题主要与法院通过判例或指导案例对诱惑侦查的界限标准进行细化有关。在判定具体标准的过程中可以考虑的相关因素包括：（1）在引诱行为实施前，对被引诱人是否存在合理的怀疑。比如，在使用被害人诱饵时，对某一地点、时段可能重复发生有关犯罪行为是否存在合理的怀疑。合理的怀疑表明被引诱人具有实施犯罪或者准备实施犯罪的犯罪意图，且这一事实条件是启动任何诱惑侦查行为的前提。设置这一条件可以有效防止针对公众实施的，通过提供极具诱惑的犯罪机会而进行的随机道德测试。（2）被引诱人的先前同类犯罪行为。这一要素有助于判断被引诱人的犯罪意图是否存在、是否清晰。（3）被引诱人在被引诱之前是否已经制定了详细的犯罪计划，甚至开始了犯罪预备行为。如果已经具备了这些犯罪准备行为，就可以表明被引诱人在被引诱前已经具有较为明确的犯罪意图。（4）被引诱人回应引诱行为的表现是否主动、积极。这一要素也是衡量被引诱人的犯罪意图是否存在、强烈与否的指标。如果被引诱人非常积极主动地回应警方的引诱，则说

明被引诱人在被引诱前已经具备了相应的犯罪意图。(5) 被引诱人在被引诱之后实施相应犯罪行为的时间间隔,其是否具备立即实施相应犯罪行为的条件。(6) 引诱行为与最终的犯罪结果之间的对应关系。申言之,如果最终的犯罪结果超出了引诱行为的范围,则说明被引诱人具有自发的犯罪意图与犯罪计划。(7) 引诱的方式(利诱、威胁抑或变相强制)、频率、时间等是否正常、普通。是否“正常”、“普通”应以社会上的普通人为对象进行衡量,如果引诱的力度使得任何普通人都难以拒绝,则说明该引诱超过了必要限度。

上述判断标准是对以往诱惑侦查表现形态的大致概括,但各种因素的表现状况因案而异,法官以及侦查人员在考量相应的诱惑策略时应通盘考虑。可以预见的是,实践中由于犯罪手法与诱惑侦查手法的不断演变与博弈,新的判断因素还将继续出现;这就需要执法、司法人员不断总结、分析与提炼,将其中合理的部分上升为指导实践的准则。刑事诉讼法本身只需要明确大致的判断标准与方法,而没有必要且事实上也无法包揽合法性判断的全部工作。单就刑事诉讼法文本的完善而言,需要通过进一步阐发第151条第1款“不得诱使他人犯罪”的全新内涵,将主观标准与客观标准的分离式混合模式解释为判断诱惑侦查合法性的基本模式。而该款语义上的模糊恰恰为这种解释预留了充分的空间。因为“不得诱使他人犯罪”既可以包括主观标准下的“不得诱使他人产生犯罪意图”,也可以被理解为“侦查人员不得使用过度且令任何普通人都难以抵御的诱惑手法”。而总体上看,违反主观标准或客观标准其中之一,就属于违法的诱惑侦查。

五、适用范围、程序控制机制与违法引诱的法律后果

(一) 适用范围

刑事诉讼法第151条对于诱惑侦查可以适用的案件范围以及审批、适用时限、监督等程序控制机制的规定比较简单、初步。条文本身仅仅要求“为了查明案件,在必要的时候”即可采取诱惑侦查,批准主体则为“公安机关负责人”。与另外一类秘密侦查手段——技术侦查的条文相比,立法者对诱惑侦查的授权更为宽松,既不需要针对“严重危害社会的犯罪案件”,也不需要“经过严格的批准手续”。^[34]这种单向授权且缺乏相应规制的立法,显然与前文提及的秘密侦查写入刑事诉讼法的整体立法目的,即授权加规制的双重目标相背离。为进一步严格遵循立法目的,应当对“为了查明案情,在必要的时候”进行实质解释。

笔者认为,“查明案情”、“必要的时候”首先应当限于“采取其他侦查手段难以获取犯罪证据”的案件。^[35]基于诱惑侦查扩张适用所针对的主要犯罪类型,其所适用的案件范围应当限于交易型犯罪。^[36]这里的“交易型”是指犯罪人之间存在广义上的利益交换关系,而不仅仅限于毒品、走私、文物倒卖犯罪等犯罪类型,还包括贿赂、国家秘密与国家

[34] 参见刑事诉讼法第148条对技术侦查措施适用范围与批准手续的规定。《公安机关办理刑事案件程序规定》第254条、第256条则分别进一步限制了技术侦查措施的适用案件范围,明确了需经地市级以上公安机关负责人批准方可适用技术侦查措施。但该解释对诱惑侦查的适用范围与审批程序,则基本上照抄了刑事诉讼法的宽泛规定。

[35] 参见前引[25],程雷书,第412页以下。

[36] 在适用案件范围的划分上,重罪原则是人们讨论秘密侦查手段规制时经常提及的。但笔者认为,对于诱惑侦查不宜使用刑的轻重这一标准来划定适用案件的范围。因为诱惑侦查仅对特定种类的案件具有功效,使用犯罪类型而非刑的轻重这一标准来实现限制适用的目的更为恰当。

安全类犯罪等。由于针对此类犯罪实施诱惑侦查是侦查实践中的主要表现形式,根据过去的侦查实践,并比照我国刑法分则的罪名设置,笔者认为应当将适用的对象与范围采用列举法加以明确规定:资助危害国家安全犯罪活动罪,为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪,枪支、弹药、爆炸物类犯罪,破坏社会主义市场经济秩序罪,公文、证件、印章类犯罪,赌博罪,出入境证件类犯罪,出售、倒卖文物犯罪,非法供应、采集血液制品罪,破坏环境资源保护罪,毒品犯罪,卖淫犯罪,贿赂犯罪。而对于那些涉及公共安全、公民个人人身安全的犯罪,如果使用诱惑侦查,一旦侦查过程失控,将对公共安全与公民个人人身安全产生难以弥补的损害。因此,权衡利弊得失,不宜在此类案件侦查中使用诱惑侦查手段。对于过失类犯罪,由于不涉及犯罪意图,也不存在适用诱惑侦查的问题。

(二) 程序控制机制

从审批程序的角度看,刑事诉讼法第151条第1款规定的审批主体为“公安机关负责人”;这是在对现有侦查措施、强制措施审批权配置未实行严格司法审查的国情下,对诱惑侦查给予的较为严格的审批主体限制。通观刑事诉讼法对侦查与强制措施审批主体的表述,仅有逮捕需要人民检察院进行外部审批,其他强制措施与侦查措施均采自我审批机制。其中技术侦查措施的审批级别最高,要求“设区的市一级以上公安机关负责人批准”;^[37]排在其后的是侦查实验与“隐匿身份侦查”这两种侦查措施,刑事诉讼法均要求须经“公安机关负责人”批准后方可适用;而其他种类的法定侦查措施均未明确特定的审批主体。^[38]

刑事诉讼法对诱惑侦查审批主体的设定,已经考虑到了该种侦查措施本身具有的风险。虽然这与理想的司法审查机制所要求的法官审批仍相去甚远,但应当看到在我国刑事程序强制侦查权审批的现有构造下,这一安排是与既有构造进行协调的结果,也考虑到了施加特别控制机制的需要,从而对审批主体的严格性做了一定的规范努力。当然,从理想的角度或者发展的角度来看,自我审批机制显然不足以实现严格规制诱惑侦查的立法目的,建立外部审批机制是未来的发展方向。在这方面,人们自然而然会提出实行法官令状制度,由法官行使批准权。此种观点的提出事实上体现了现有关于诱惑侦查的研究具有十分明显的比照监听等秘密侦查手段寻求相应程序规制的思路,这在一定程度上忽视了诱惑侦查与其他秘密侦查手段在适用过程上的本质差异。司法审查或令状制度不是包治百病的灵丹妙药,其运行的基本支撑条件首先是具备可供审查的确定对象。但是,在实施相应的犯罪引诱手段之前,执法人员是无法确定固定的、事先可以预见的具体引诱手段的,因而司法令状的审批对象具有高度的不确定性,事先适用十分困难。而且,具体引诱手段的合法界限,通常要考量引诱之后行为人的表现、具体引诱过程中执法人员的引诱程度进行综合判断;在实施引诱之前,审查者根本无从进行有效审查。在这种情况下,勉强要求法官进行事先审查,除了会使法官成为侦查决策者之外,再无任何有利之处。或许正是基于这些考虑,

[37] 参见《公安机关办理刑事案件程序规定》第256条。

[38] 需要注意的是,虽然刑事诉讼法并无明确要求,但《公安机关办理刑事案件程序规定》将若干被认为更加重要的侦查措施的审批主体,也设定为公安机关负责人,比如解剖尸体、搜查、扣押邮件、电子邮件与电报、对金融机构的查询与冻结、鉴定、通缉。参见《公安机关办理刑事案件程序规定》第213条、第217条、第227条、第232条、第233条、第239条、第265条。

诱惑侦查法治化程度较高的西方国家迄今为止也未对诱惑侦查设置法官令状制度。^{〔39〕}

笔者更乐于主张检察官是审批主体的合适人选。诱惑侦查涉及侦查人员或侦查人员指挥的特情参与犯罪，而批准采用诱惑侦查就意味着对特情或侦查人员参与犯罪给予豁免，因而行使批准权同时就附着行使刑事追诉豁免权。从这个意义上看，应当统一将涉及犯罪参与的诱惑侦查交由检察机关审核。另一方面，当前侦查实践中，侦查机关通常会隐瞒对诱惑侦查的使用，以防止未来案件起诉、审判过程中辩方对案件的质疑，同时也可以更好地保护参与诱惑侦查的特情或侦查人员的自身安全。但是，侦查机关的这一做法严重侵犯了辩方的质证权，甚至为冤假错案的形成埋下了伏笔。因此，在设计诱惑侦查的程序控制机制时，应当增强诱惑侦查审批与使用程序的透明度，由检察机关负责审批诱惑侦查的使用，强化对诱惑侦查实施过程的监督。

改变诱惑侦查的批准程序，必然会涉及这一改变是否会影响侦查机关的侦查效率。笔者认为，一来在使用诱惑侦查前均有一定的案情研究、评判过程，并需要一定的时间来设计具体的引诱计划，即通常在使用前有一段准备时间，因而完全有条件实行外部审批；二来即使在具体案件案情紧迫需要立刻实施诱惑侦查时，也可考虑设置紧急审批程序作为例外情况，通过先实施、后报批的程序弥补外部审批在个别场合可能给侦查效率带来的消极影响。

最后，刑事诉讼法对“隐匿身份侦查”并未规定相应的法定持续时间，这显然属于程序控制上的缺失。事实上，诱惑侦查的持续时间应当尽可能短暂。不同于技术侦查或者卧底侦查，如果允许长时间针对特定人员使用诱惑手段，容易导致反复诱惑、变换诱惑手法等过度引诱的出现，也可能使得被引诱人在长期、反复的诱惑下产生犯意。而现实生活中各种“非法交易”通常过程短暂、追求实效，因此，诱惑侦查持续时间应当限于较短的时间内，比如一个月，是更妥当的方案。

（三）违法引诱的法律后果

针对违法引诱，我国目前采用的量刑从轻的处理方式存在逻辑上的论证难题，实属难以明晰把握诱惑侦查合法性判断标准情况下的折衷之举。此外，对有犯罪意图的被引诱人使用了过度的引诱手段的，是否适用目前的实体性量刑从轻处理方式，也是需要进一步考量的问题。

违法诱惑侦查的法律后果与制裁方式，应当与合法性判断标准保持一致。在明确了诱惑侦查的合法性标准，并通过法院对诱惑侦查的合法性作出了判断之后，应当根据诱惑侦查的违法原因设置相应的制裁方式：依主观标准认定诱惑侦查违法的，对于被引诱而形成的犯罪，虽然被引诱人应当与引诱人一道承担刑事责任，但引诱行为恰恰是可豁免的依职权行为，此时若仅追究被引诱人的刑事责任而不追究引诱人的刑事责任，其正当性会遭受强烈质疑；为维护刑法与刑事司法的公信力、正当性，应增设相应的刑事责任豁免事由，

〔39〕 关于美国、德国、英国、荷兰四国的做法，参见前引〔25〕，程雷书，第166页，第293页，第303页，第377页，第406页以下。关于法国的审批程序设计，参见《法国刑事诉讼法典》第706-32条，罗结珍译，中国法制出版社2006年版。

判决被引诱人（被告人）无罪。^{〔40〕}依客观标准认定诱惑侦查违法的，制裁方式的着眼点应当在于侦查行为的程序合法性，而引诱这一非法的程序行为自身的特点在于其导致了整个追诉程序丧失公正，因此应当设立终止诉讼的程序性制裁方式作为恰当的法律后果。^{〔41〕}增设终止诉讼的程序性裁判方式，虽然面临着确立程序的独立价值、提高法院权威以及修改刑事诉讼法等一系列复杂问题，但对于违法的诱惑侦查这种特殊的程序违法行为，这是唯一的恰当选择。试图通过非法证据排除的替代方式回应诱惑侦查所带来的程序违法问题，要么只能达到有限的救济效果且面临理论上的论证难题，^{〔42〕}要么就是以非法证据排除之名行终止诉讼之实；二者显然都不是最佳选择。

结 论

2012年修改刑事诉讼法过程中增加的第151条第1款，可以看作是诱惑侦查迈向法治轨道的开端。由于法律文本表述的宽泛与模糊，理论界与实务界亟需综合运用各种解释方法，对诱惑侦查的合法性判断标准、适用对象、程序控制机制、法律后果等进行填补与完善，以真正达成授权加规制的双重立法目的。

就诱惑侦查法治化的规范形式而言，刑事诉讼法及其立法、司法解释、规范性文件固然重要，但同时应当与司法判例结合起来，才能真正实现全面、细致规制诱惑侦查的任务。特别是诱惑侦查的合法性判断标准及其适用，主要依赖司法判例的规范与指导，才能应对千差万别、因案而异的引诱手法所引发的规制难题。

就诱惑侦查法治化的规范内容而言，合法性判断标准是核心问题。现有的“犯意引诱”与“机会提供”二分的通说值得深入反思，其不仅逻辑上难以自洽，规范效果上也存在重大疏漏。这种二分法说到底仅仅关注了主观意图，采取了主观标准的立场，而严重忽视了客观方面侦查人员引诱手法的限度问题，拘泥于主观意图的证明这一难题，导致在实务运用中困难重重。笔者主张启用分离式混合标准，即违反主观标准或客观标准其中之一，诱惑侦查即应当被判定为违法。这一标准是最严厉的合法性控制标准，在当前我国高度单向、

〔40〕 具体的规范调整方式宜为在刑法总则中规定，制造犯意引诱他人实施不法行为的，被引诱人不负刑事责任。同时应对刑事诉讼法第15条的规定进行扩充解释，将该情形明确列举为终止追究刑事责任的情形之一。对于不法行为附带产生的违禁品或者吸毒等违法行为，应当适用追缴、没收、强制戒毒等处置措施。对于实施过度引诱的侦查人员也应当明确相关责任，即实施过度引诱的行为属于过错行为，应当追究相应的执法责任。

〔41〕 非法证据排除规则针对的是证据收集阶段的侦查行为，而诱惑侦查在犯罪之前就已经开始，其是否符合非法证据排除规则的效力范围不无疑义。而且更为根本的问题是，诱惑侦查的不公正并非主要体现在取证的不公正上，而是引发了整个后续侦查行为的不公正。对待这种彻底的不公正，终止整个诉讼程序的进行，显然是最具针对性的制裁措施。

〔42〕 首先，根据目前刑事诉讼法中的非法证据排除规则，诱惑侦查使用引诱手段获取的证据基本上无法排除。比如，根据刑事诉讼法第54条的规定，通过引诱获得的言词证据并非刑事诉讼法的排除重点，能否排除存在较大的论证障碍；而通过引诱获得的物证、书证的排除，其前提是诱惑侦查“不符合法定程序”，而所谓的“法定程序”从目前的法律条文来看，仅为第151条第1款所规定的适用主体与审批主体这两项十分简陋的程序要求，因此很少会有“不符合法定程序”的诱惑侦查。即使未来通过解释提升了第151条的程序严格程度，将非法证据排除规则适用于诱惑侦查也存在相应的障碍。因为诱惑侦查并非取证行为，其功能在于引发所有的后续取证行为；此时若要排除非法证据则须全部排除，这等同于终止诉讼。在这一点上，诱惑侦查显然与搜查、讯问等单独的侦查行为存在明显差异。此外，如果选择只排除部分非法证据，则在理论上必须合理论证为何只选择排除相应的证据，对原本是共生一体的各种证据区别对待；这在逻辑论证上必然存在重大障碍。

集中的侦查权配置背景下，更符合法治精神；毕竟在我国对常规侦查方式的法治化与对秘密侦查方式的法治化，需要同步进行。^[43]

诱惑侦查的法治化需要通过若干程序控制机制来实现：在适用案件的范围上，应当通过罪名范围的限定而将诱惑侦查的适用限制在交易型犯罪上，从而体现最后手段原则，而非简单地通过刑的轻重这一标准来厘定适用范围；在审批程序上，不宜采取司法审查机制，但应逐步实现检察官审批，从而加强外部监督与制约；在适用的法定持续时间上，应当明确限定，以一个月以内为宜；在违法诱惑侦查的法律后果上，应区别违法的不同原因分别适用宣告（被引诱人）无罪与终止诉讼这两种制裁方式，非法证据的排除并不宜作为违法诱惑侦查的程序性法律后果。

Abstract: To meet the challenges posed by increasingly serious invisible crimes, entrapment has been used more and more frequently by many countries in the past twenty to thirty years. China is of no exception in this respect, especially in the investigation of drug-related crimes. No law had existed in China to regulate police power of entrapment until in 2012 when China revised its Criminal Procedure Law. Although, in the revision of the Criminal Procedure Law in 2012, a new Article 151 was added to the Law in an attempt to increase the rule-of-law level of such investigatory methods, the article itself is too broad and vague and the principle of judicial judgment on entrapment is improper and one-sided. As a result, prominent problems of disorder in law enforcement and anomie in judicial control have emerged in the process of application of entrapment. To solve these problems, China should clarify through the interpretation of law the criterion on legality, the objects of application, the procedural control mechanism, and the consequences of the violation of law relating to entrapment. In the determination of the legality of entrapment, the court should abandon the traditional dichotomy between “incitation of criminal intention” and “provision of crime opportunity”, but instead adopt a discrete hybrid approach, by which any use of excessive inducement that is hard to resist by ordinary people in criminal investigation is illegal, whether it fails the subjective or objective test of legality.

Key Words: entrapment, inducement by informer, undercover investigation, criterion of legality

[43] 参见前引〔2〕，熊秋红文，第155页。