

# 诱惑侦查的司法控制

马红平

(天津师范大学研究生院 天津 300000 ;甘肃政法学院公安分院 甘肃 兰州 730070)

【内容摘要】诱惑侦查作为一种带有引诱性的特殊的侦查手段,我国立法尚未作出明确、具体的规定,而从国内外运用这种手段的利弊看,如果对诱惑侦查的使用不加以限制,往往会出现侦查人员滥用侦查权力而侵犯公民权利,或执法人员倚仗国家权利参与犯罪等违法现象,影响刑事诉讼的合法公正。本文在考察、借鉴各主要法治国家诱惑侦查经验的基础上,提出了对我国诱惑侦查进行司法控制的构想。

【关键词】诱惑侦查 司法控制

中图分类号:D926.34

文献标识码:A

文章编号:1007-9106(2010)02-0085-03

近年来,我国的毒品、走私、假币等犯罪日益猖獗,由于这类犯罪没有直接的受害人,犯罪活动都是在犯罪人之间秘密进行,其作案手段较其他犯罪具有更强的隐蔽性和狡诈性,因此,无论是犯罪行为的发现还是犯罪证据的收集都极为困难,使得侦查机关的传统侦查方法在对付这类犯罪时显得力不从心。为了有效地打击这类犯罪,我国各地的侦查机关纷纷另辟蹊径,采用新的侦查方式,其中诱惑侦查因其所具有的独特优势,而倍受侦查机关的青睐。然而,由于诱惑侦查是一种由侦查机关实施诱惑而诱使侦查对象犯罪并将其抓获的特殊手段,因此,在刑事诉讼中产生了一系列问题,诸如:侦查机关依据国家权利在侦查中诱使他人实施犯罪,是否构成引诱犯罪?是否属于违法侦查?应以什么标准来衡量、认定该诱惑侦查是否合法?从立法上对诱惑侦查应如何进行规范和控制?诱惑侦查手段一旦被滥用,犯罪嫌疑人、被告人的权利如何救济?在诱惑侦查过程中如何实现国家权力和公民权利之间的利益平衡?对此,我国立法及司法解释均未作出明确、具体的规定,而从国内外运用这种手段的利弊看,如果对诱惑侦查的使用不加以控制,往往会出现侦查人员滥用侦查权力而侵犯公民权利,或执法人员倚仗国家权利参与犯罪等违法现象,影响刑事诉讼的合法公正。本文拟对诱惑侦查的司法控制作一探讨。

## 一、诱惑侦查的现状及其存在的问题

所谓诱惑侦查,是指侦查人员为了侦破某些极具隐蔽性的特殊案件,特意设计某种诱发犯罪的情境,或者提供其实施犯罪的条件或机会,待其实施犯罪或自我暴露时当场将其人赃俱获的一种特殊侦查手段。

诱惑侦查作为一种正式的侦查方法,始于大革命前的

法国,路易十四为了维护其统治地位,就曾运用诱惑侦查来捕捉革命党人,镇压资产阶级革命运动。美国联邦调查局(FBI)在第二次世界大战期间,也曾采用这种手段进行反间谍工作。二战后,这一侦查手段又被运用于查禁卖淫、赌博、贩毒等犯罪当中,自上世纪60年代起,又扩大到侦缉恐吓案件和追查盗窃赃物,在70年代之后,再进一步扩大至侦缉行贿、受贿、犯罪组织和窃取产业情报等犯罪。我国侦查机关对诱惑侦查手段,通常是在掌握了被诱惑人的犯罪线索或犯罪行为的情况下使用,一般是为了人赃俱获以查实证据,有的是为了引诱“上线”毒犯出洞,以深挖毒源。因此,从目前实施这种手段的情况来看,重大违法侦查情况尚未见披露。但是,从法院审理的一些案件看,也存在着一些问题,比如,有的毒犯平常交易毒品的数量很少,只有几克,一般不做大宗交易,有的侦查人员以查获“大案”为目的,在实施引诱手段时,向其购买几十克甚至几百、上千克。这些毒犯见有暴利可图,并在侦查人员(假扮毒犯)或“线人”(已被查获并控制的毒犯)的再三劝说和催要下,向其他毒犯收购、交易大量的毒品,有的甚至变卖家产筹集资金购来毒品,以与侦查人员“交易”,在“交易”时被捕。那么,像这种情况,其交易毒品的数量,往往影响到被告人的罪责,法院在审判时应如何认定其交易数额?如何量刑?侦查人员实施的这种手段是否含有不合法的成分?

此外,从考察诱惑侦查这一手段本身存在的利弊来看,虽然诱惑侦查在侦缉毒品案件中是一种行之有效、不得被采用的方法,但是,其实施同时也会产生一些弊端:

1.有可能被滥用,从而孕育出诱使本无犯罪倾向的一般公民犯罪的危险,使国家执法机关违背其打击、防止犯罪

\* 本文为甘肃政法学院科研重点规划项目“刑事侦查权的司法控制”系列研究论文之一。

\* 作者简介:马红平(1968-),甘肃政法学院公安分院副教授,天津师范大学2007级硕士研究生,从事刑法研究。

的职责和义务,使公民丧失对国家司法权的信赖。

2.有可能损害被告人的合法权益,使本来罪轻的被告人被判以重刑,从而影响司法的公正性,背离刑事诉讼罪刑相适应的原则。

3.有可能被好大喜功、追求名利的侦查人员所利用,既损害被告人的合法权益,也影响司法的廉洁性。

笔者认为,对于诱惑侦查我们不能简单否定,而应积极推动其向法制化方向发展,将其纳入法制轨道。

## 二、国外有关诱惑侦查的立法概况

早在上世纪30年代,美国各州法院便出现了试图规制诱惑侦查的法思潮,并逐步形成了所谓的“陷阱之法理”。代表“陷阱之法理”的判例主要有美国联邦最高法院审理的索勒斯违反禁酒法案、拉塞尔制造、贩卖毒品等案件。索勒斯违反禁酒法案发生在美国的禁酒法时期。当时,假扮成旅行者的侦查员在与索勒斯交谈中,得知第一次世界大战时二人曾在同一部队服役,便借着战友情先后三次纠缠索勒斯,要求其提供威士忌。念战友之情,索勒斯提供了威士忌,但随即遭逮捕、起诉。一、二审法院均对索勒斯作出了有罪判决,然而联邦最高法院却认为,决定本案的关键在于国家是否应处罚由于公务员的行为引发的原本清白的市民所实施的犯罪,最终以警察圈套为由,作出了撤销原判、发回重审的裁决。从而首次以判例确认了“陷阱之法理”,从此,“警察圈套合法辩护”在美国司法中得到运用。在拉塞尔制造、贩卖毒品案件中,侦查机关为了破获制造毒品的犯罪组织,以向拉塞尔等被告人提供非违禁品但入手困难的制造毒品的原料、器材等为条件,得以查看制毒现场并获得了毒品样品。嗣后,待被告人利用侦查机关提供的原料和器材制造出毒品后,即以制造、贩卖毒品为由将其逮捕、起诉。一审判决有罪。二审时,被告人承认自己有犯意,但援引非法收集证据的排除法则,主张侦查机关参与犯罪,并在犯罪中发挥极大作用,因此对自己的起诉违反了合法诉讼原则。二审法院据此推翻了一审判决。但联邦最高法院认为,本案侦查机关仅向被告人提供了并非违禁品的材料,其行为不具备违法行为的性质,同时指出,被告人并非轻率的清白之人,而是持有犯意的犯罪者。根据“陷阱之法理”,联邦最高法院推翻了二审法院的判决,认定被告人有罪<sup>[1]</sup>。1978年,FBI成立了秘密侦查委员会,试图通过加强内部监督来主动地规制诱惑侦查。1981年1月5日,美国司法部又制定了《关于秘密侦查的基准》,明确规定了诱惑侦查实施的许可条件、原则、程序等,最终以成文法形式来规制诱惑侦查。

日本最早确认诱惑侦查合法地位的法律是1953年《麻药管理法》。1954年的《鸦片法》第45条以及1958年的《枪炮刀剑类所持等管理法》第27条也对侦破鸦片、武器交易犯罪时诱惑侦查的运用,作出了相应的规定<sup>[2]</sup>。

德国1994年修改颁布的《德国刑事诉讼法典》秘密侦查部分规定了诱惑侦查,该法第110条b、c、d、e项还分别对实施包括诱惑侦查等在内的秘密侦查的条件程序以及获得的证据之使用规则作出了规定。

法国于1992年制定的该国刑事诉讼法“毒品犯罪的侦查起诉和审判”编通过豁免司法警察为侦查目的而介入毒

品犯罪的刑事责任的方式,承认了诱惑侦查手段的合法性。

英国非常谨慎地讨论过诱惑侦查的合法性,英国刑法中将它作为共同犯罪的一种形式加以讨论。法官们认为:“为了诱捕罪犯,仅仅为实施犯罪提供机会或者诱因是合法的,这犹如加入一个已经安排好了的并将必定实施的犯罪一样。”<sup>[3]</sup>并且,为了防止诱惑侦查的滥用,皇家警察委员会给警察当局提出了如下明智的建议:“作为一般规则,警察在侦查犯罪时不得加入犯罪,除非该犯罪的实施在通常的情况下,根据假定第三方是不可能察觉的。而得到警察局长明示的、书面的授权,对于加入犯罪来说,是至关重要的。”<sup>[4]</sup>可见,英国对诱惑侦查实施的批准程序是有严格限制的,这从反面论证了英国法律对诱惑侦查手段的认可。

最早对诱惑侦查予以认可的国际性文件是1988年12月29日在联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约会议的第6次全会上通过的《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》。该公约第11条规定了“控制下交付”的诱惑侦查手段,即在侦查中一旦发现贩毒者手中拥有大量毒品急于寻找购买对象,侦查人员便可设计购买,在毒品“成交”过程中,查获毒品缉捕贩毒者。如今,这种“控制下交付”的诱惑侦查手段已成为国际上普遍采用的缉毒对策。

欧洲人权法院在1998年6月9日的“卡斯特罗诉葡萄牙”一案中,区分机会提供型和犯意诱发型两种诱惑侦查,认为前一种不构成对《欧洲人权公约》第6条“公正审判”权利的侵犯,而后一种则侵犯了这一权利。欧洲人权法院在判决理由中申明,即使是为了打击贩毒犯罪,对秘密侦查员的使用也必须受到限制,并规定一些保障措施,《公约》第6条规定的公正审判的权利不得因为寻求侦查上的便利而被牺牲,公共利益不能为使用基于警察的教唆而获得的犯罪证据提供正当根据<sup>[5]</sup>。

综观美国、英国、德国、法国、日本等国的刑事立法及实践,均对诱惑侦查的合法地位予以认可,并就其适用的原则、范围、对象和有关程序作出了规定。

## 三、对中国诱惑侦查进行司法控制的构想

我国现行的立法没有明确规定诱惑侦查制度,但近几年来,侦查机关迫于打击犯罪的压力,已经广泛的将诱惑侦查手段应用于侦查实践。然而,诱惑侦查毕竟是一把双刃剑,一方面,它能使许多犯罪案件当场人赃俱获,而另一方面,一旦被滥用,极易使无辜的公民遭受不幸。因此,急需对我国的诱惑侦查进行司法控制。笔者认为,对我国的诱惑侦查应从以下几个方面进行控制:

(一)明确禁止犯意诱发型诱惑侦查,赋予机会提供型诱惑侦查合法地位,同时明确诱惑侦查的范围、对象、限度、原则及批准程序。

1.明确诱惑侦查的案件范围。首先,侦查机关只能对“无被害人的隐蔽性案件”进行诱惑侦查。因为诱惑侦查可能会产生使嫌疑人实施刑法上新的不法行为之结果,而作为公权机构,侦查机关无权为查处犯罪而使另一无辜公民成为事件的被害人,它只能在不伤及任何具体的公民或法人的前提下进行。作为一种特殊的侦查方法,进行诱惑侦查,其最初的理由也是为了对付间谍、涉毒等无被害人案件

而采取的。其次,适用诱惑侦查的犯罪必须是社会危害性严重的犯罪。因为诱惑侦查在合法与非法之间往往难以把握,运用不当,则会诱使一般公民犯罪。一旦如此,则会背离司法机关打击犯罪的职责,损害司法机关的形象。

2.明确诱惑侦查的适用对象。首先,诱惑侦查的适用对象,必须是已经有证据证明可能实施犯罪的公民。如美国《关于秘密侦查的基准》规定,被确定为诱惑侦查对象的应当具备以下条件:(1)根据情报提供者及其它手段获得的情报,足以怀疑对象有正在实施或者即将、可能实施同类违法行为的迹象时;(2)有关违法行为的机会的构成,包括有足够的理由相信被诱惑、乃至被直接鼓动的对象,具有实施计划性违法行为的倾向<sup>[5]</sup>。我国可以借鉴“有合理怀疑具有实施相关犯罪的倾向或正在参与相关犯罪”这一标准。如涉毒案件,如果有充分迹象表明某人参加贩卖毒品,则为捕获该人,或者确证其罪行,可以进行诱惑,即为其提供一次实施贩卖毒品的机会,待其上钩,趁机破案。其次,诱惑侦查不能适用于未成年人。未成年人也可能涉嫌参与一些严重犯罪,但由于其身心发育尚未健全,对未成年人使用诱惑侦查可能强化未成年人的犯罪意识,甚至使其产生一种不利改造的消极心理。

3.明确诱惑侦查的适用限度。第一,应当禁止侦查人员或者协助侦查的情报人员对无犯罪事实的公民进行犯罪引诱、教唆或强制。第二,在实施诱惑侦查时,应当禁止侦查人员或者情报人员为主与诱惑侦查对象一起实施作为诱惑事件的犯罪行为。第三,应当明确限定诱惑侦查所适用手段的诱惑性程度。在允许进行诱惑侦查的国家里,立法和实践一般都严禁侦查机关采用高度诱惑性的手段实施诱惑侦查。从保障人权角度出发,我国也应当严格禁止过于强烈的诱惑手段,诱惑侦查的应当以提供中立性的犯罪诱因为限度,而不得以具有高度诱惑性的手段,极力促使相对人实施特定的犯罪行为。

4.明确诱惑侦查的适用原则。如美国《关于秘密侦查的基准》规定:“陷阱的设制,应尽可能避免。”《德国刑事诉讼法》第110条规定:“对秘密侦查员,只能在采用其他方式侦查将成效渺茫或者是十分困难的情况下,才准许派遣。除此之外,在案情特别重大应该派遣并且采用其他措施将难以奏效的情况下,也允许派遣秘密侦查员侦查犯罪行为。”由于诱惑侦查是一种具有较大风险的侦查手段,为了最大程度地控制其危害性,我国也应该强调诱惑侦查的最后性,该手段只能在用其他侦查方式不能奏效的情况下才能适用。

5.明确诱惑侦查的批准程序。在美国,诱惑侦查作为一种“有争议的”侦查措施,在实施前,必须征求检察官的意见。在德国,实施诱惑侦查必须取得检察院同意,特殊情况下,甚至必须经法院同意。在英国,实施诱惑侦查必须得到警察局长

明示的书面授权。从我国侦查工作的实际情况考虑,实施诱惑侦查,最起码应由县级以上公安机关负责人批准。

(二)明确诱惑侦查的合法性界限。诱惑侦查是否合法,可依下列界限掌握:(1)审查侦查对象在此案案发前是否已实施同类犯罪行为,或虽无同类犯罪行为,但已有实施该犯罪行为的倾向或犯意。(2)判明侦查对象的犯罪意图是从其本人的头脑中自发产生,还是由侦查人员强行植入或诱发产生的。(3)审查侦查人员在诱惑侦查中是否实施了主动的积极行为。比如,在侦查对象无资金、设备、原材料的情况下,侦查人员积极为侦查对象提供、创造实施犯罪的一切条件,则该诱惑侦查不符合刑事诉讼合法、正义的原则。(4)在毒品案件中,审查侦查对象在被控制下交易的毒品数量是否超过其以往在未被控制下交易的毒品数量的合理范围;审查被控制下“线人”在向“上线”报出的交易毒品数量是自然而然自行决定,还是由侦查人员决定的,如果被控制的“线人”平时只交易3-5克毒品,而被控制后突然猛增大至几十倍、数百倍,则应对“上线”交易毒品数量的认定持谨慎态度。

(三)将诱惑侦查作为对被告人酌情从轻、减轻或免除处罚的量刑情节。实施诱惑侦查的基本前提是即使警察不引诱,该犯罪也会必然发生。但是,在没有警察引诱的情形下,该犯罪会发展到什么形态?是犯罪既遂,还是犯罪预备、中止或未遂?这些无疑都是不确定的。然而,在诱惑侦查过程中,由于作为引诱者的警察往往处于主动地位,嫌疑人实现其犯罪意图的犯罪行为当然都能顺利实施,嫌疑人最终的犯罪形态当然是犯罪既遂,从而使被告人在一定程度上失去了其犯罪行为仅发展到犯罪预备、犯罪中止、犯罪未遂的可能,从而在量刑上也就失去了减轻、从轻、免除处罚的可能。因此,如果诱惑侦查被采用,而对被告人按犯罪既遂处罚,那么在量刑上就存在不公正的可能。

(四)建立完整的证据排除规则。如果警察对已有犯意的嫌疑人提供了适度的机会,但是,警察在实施这种机会提供型的诱惑侦查过程中,超越了诱惑侦查适用的案件范围或违反了其他有关程序的规定,那么,这种通过违反程序规定的诱惑侦查所收集的证据应予排除。

参考文献:

- [1]刘芳,干朝端.对毒品犯罪案件中诱惑侦查问题的探讨[J].人民司法,1997(7).
- [2]马跃.美、日有关诱惑侦查的法理及论争之概观[J].法学,1998(11).
- [3][英]J.C.史密斯,B.霍根.英国刑法[M].马清升等译,法律出版社,2000年.
- [4]孙长永.侦查程序与人权[M].中国方正出版社,2000.
- [5]李义冠.美国刑事审判制度[M].北京,法律出版社,1999.