

# 诱惑侦查合法性的阶段化认定： 日本经验与中国路径

吴桐\*

## 目次

一、诱惑侦查的性质界定与合法性的判断基础	三、我国诱惑侦查合法性认定问题的实务考察
(一) 诱惑侦查的性质界定	(一) 不区分诱惑侦查行为阶段的概括性认定
(二) 诱惑侦查合法性判断基础的学说演进	(二) 诱惑侦查启动阶段的合法性判断并不全面
二、诱惑侦查合法性认定的实践发展与阶段化特征	(三) 缺乏针对诱惑侦查实施阶段的正当性审查
(一) 诉讼经过及裁判要旨	四、我国诱惑侦查合法性认定改革进路
(二) 判决分析及后续发展	(一) 诱惑侦查的性质界定及规范方式
(三) 诱惑侦查合法性认定的阶段化特征	(二) 诱惑侦查合法性的阶段化认定

**摘要** 日本对诱惑侦查的合法性认定采取主客观混合的阶段化判断标准,分为启动阶段的合法性审查和实施阶段的正当性审查,具有清晰的阶段化特征和鲜明的实践指引功能。相较而言,我国在诱惑侦查合法性认定的问题上,既存在由法律规定的模糊性所导致的概念范围不明、法律性质不清等问题,也存在过度重视判断标准中静态要素的设置,忽视对诱惑侦查的行为阶段进行区分的倾向。解决问题的出路是,在概念界定上应明确诱惑侦查作为事前侦查、任意侦查的法律性质,并以指导案例的形式对诱惑侦查的行为方式、合法性判断要素进行解释说明;在司法认定上应在肯定主客观混合标准的同时,对判断标准中的主观要素和客观要素进行动态审查,进而形成启动阶段合法性审查和实施阶段正当性审查的区分,以凸显判断标准的实践指引功能。

**关键词** 诱惑侦查合法性 事前侦查 任意侦查 阶段化认定 混合标准

\*北京大学法学院博士研究生。

诱惑侦查是指侦查人员或者接受委托的线人，隐匿其身份和意图促使被诱惑者实施犯罪，当被诱惑者着手实施所被引诱的犯罪时，按照现行犯将其抓获的侦查方式。<sup>〔1〕</sup> 诱惑侦查所具有的主动性、直接性在诸如毒品犯罪、有组织犯罪等案件中，若运用得当能够明显提高侦查效率，但也极易陷入国家制造犯罪、有违司法公正、侵犯人格尊严等争议之中。明确诱惑侦查的合法性判断标准既可以为侦查人员提供清晰的行为适用指引，也为法院认定违法诱惑侦查并进行相应程序性制裁和权利救济提供基本判断尺度。因此，诱惑侦查的合法性标准一直是世界各国关注的重点问题。

在我国，诱惑侦查所具有的主动性使其逐渐成为打击隐形犯罪的重要抓手，但与日新月异的侦查实践相比，诱惑侦查的法治化进程却异常缓慢。虽然我国《刑事诉讼法》第 153 条将诱惑侦查界定为“秘密侦查”并设定了“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”两种禁止性要素，但在概念的明确性上，“诱惑侦查”与“隐匿身份”实际上是充分不必要的关系，“隐匿身份”仅是诱惑侦查的行为表现方式之一，其重点在于“欺骗”而并非“诱惑”。这种模糊的概念界定使诱惑侦查与卧底侦查、特情侦查、控制下交付等概念之间的界限并不清晰。在判断标准上，目前无论是司法实践中普遍适用的主观标准，还是学界主张的客观标准、混合标准都过于重视各标准之间不同要素的静态组成，忽视了主客观要素所应具有的审查顺序和不同阶段审查重点的动态区分，合法性标准的实践指引功能未能得到重视。

我国与日本都是刑事诉讼成文法典国家，日本的精密司法倾向与我国的侦查中心主义使两国在涉及侦查程序改革的诸多问题上具有相近的制度背景和改革需求。在诱惑侦查合法性认定的问题上，日本刑事诉讼具有以下两个鲜明特征：第一是详细的判例指引。日本《刑事诉讼法》并未对诱惑侦查的概念、行为性质以及认定标准进行规定，而是依托司法裁判进行明确和完善。这种通过判例进行界定的方式使诱惑侦查的合法性标准具有较强的实践指引功能。第二是阶段化的判断标准。日本虽然采取的是主客观兼具的混合标准，但在具体判断上却形成了启动阶段合法性与实施阶段正当性的区分。<sup>〔2〕</sup> 这种将合法性判断中的主观要素和客观要素融入不同阶段并形成明确区分的做法使其判断标准更加细致且具有可操作性。基于此，本文拟通过梳理日本学界关于诱惑侦查合法性的学说争议及判例发展动态，总结其特征以对我国诱惑侦查的合法性认定问题有所助益。

## 一、诱惑侦查的性质界定与合法性的判断基础

在讨论诱惑侦查合法性的具体认定标准前，首先，应明确诱惑侦查的法律性质，即诱惑侦查是否属于常规侦查以及属于何种性质的侦查措施。前者是解释侦查机关针对未发生犯罪实施诱惑侦查的行为正当性，后者则是判断诱惑侦查应适用何种类型的法律规制方式。其次，为了厘清规制诱惑侦查背后的法理依据，使合法性判断标准具有现实的合理性和理论的正当性，应明确诱惑侦查合法性的判断基础，即诱惑侦查的违法性实质。

〔1〕 酒卷匡「おとり捜査」法学教室 260 号(2002 年)103 頁以下。

〔2〕 堀田周吾「おとり捜査における違法性判断の基本構造——アメリカ合衆国の規制アプローチを題材として」法学会雑誌第 46 卷 2 号(2006 年)362 頁以下参照。

## （一）诱惑侦查的性质界定

### 1. 事前侦查

根据行为目的,日本警察从组织上被分为行政警察和司法警察。行政警察是以预防和控制犯罪、维护公共安全为目的;司法警察则是以查明犯罪事实、保障人权为目的。虽然从目的论上看,两者界限看似清晰,但由于大量刑事案件的线索是在行政执法过程中被发现的,因此,如何有效区分两者就成为实践中的棘手问题。日本学界在两者是否有区分的必要以及如何进行区分的问题上也存在争议。<sup>〔3〕</sup> 在侦查语境下,上述争议主要是针对以诱惑侦查、通讯监听为代表的事前侦查行为的合法性问题。常规侦查是以已发生的犯罪活动为对象,当侦查人员因为某种理由认为存在犯罪,或在其眼前发生犯罪,侦查活动就开始了。<sup>〔4〕</sup> 事前侦查则是在犯罪尚未实施时,基于该犯罪发生的高度盖然性而展开的侦查活动。因此,事前侦查的法律性质直接决定了诱惑侦查的授权基础和适用程序。

早期有观点认为侦查应是以已经实施或正在实施的犯罪为对象,针对尚未发生的犯罪进行的调查应属于行政警察活动。但目前主流观点则认为司法警察活动和行政警察活动的区分标准并非具体的时间节点,而应是行为目的和功能,即该行为是以追诉犯罪、惩罚犯罪为目的,还是以预防犯罪、控制犯罪为目的。<sup>〔5〕</sup> 因此,即使是针对尚未发生的犯罪,只要是基于追诉犯罪、惩罚犯罪的目的,就应认定为侦查。诱惑侦查作为事前侦查应属于日本《刑事诉讼法》第197条规定的侦查活动。但是,对于尚未实施犯罪行为的公民而言,行政警察活动和司法警察活动在行为方式以及权利干预程度上存在的差异也是显而易见的,一律肯定事前侦查的合法性并交由侦查人员自由裁量适用的做法存在侦查裁量空间前置化、裁量恣意化的隐患。对此,在监控摄像案的判决中,日本东京高级法院在肯定事前侦查行为合法性的同时,也为是否属于事前侦查设定了三项条件,即事前侦查行为应以犯罪发生的高度盖然性、实施的必要性以及是否采取适当的方式为判断依据。<sup>〔6〕</sup>

### 2. 任意侦查

任意侦查和强制侦查的区分是各国刑事侦查的基础理论之一,两者对应着两种具有不同规范密度和规范理论的法律规制方式。诱惑侦查是否属于任意侦查决定其在刑事诉讼程序中有无自由裁量的空间以及是否应受强制侦查法定主义和令状主义的限制。

传统观点认为任意侦查和强制侦查的区分主要在于是否使用有形力、有无使犯罪嫌疑人负担法律上的义务。日本最高裁判所(以下简称“最高裁”)则在酒精呼气检查案中对任意侦查是否可以行使有形力的争议做出阐释,其判决认为有形力只是判断侦查行为强制程度的因素之一,并不

〔3〕 日本学界对于是否区分两者主要分为三种学说:第一种为区分必要说。该说主张两者的区分有利于尊重行政警察活动的效率性和预防性,同时也可以避免行政警察权混淆侦查权。白取祐司「司法警察と行政警察」法律时报第69卷9号(1997年)42页以下参照。第二种为区分不必要说。该说主张侦查也具有维护社会秩序、预防犯罪的目的,且在宪法框架下行政是警察的唯一属性,应以行政警察功能涵盖司法警察功能,将侦查原理及法定程序应用于行政警察活动之中。参见〔日〕田村正博:《警察行政法解说》,侯洪宽译,中国人民公安大学出版社2016年版,第25—26页。第三种为竞合说。该说认为在行政警察和司法警察界限模糊的地带,应同时适用《警察官职务执行法》和《刑事诉讼法》进行解释,并根据具体行为表现形式不同,设定不同的行为正当化标准。参见幕田英雄「捜査法解説(第4版)」(东京法令出版社,2019年)103页。

〔4〕 参见〔日〕松尾浩也:《日本刑事诉讼法(上卷)》,丁相顺译,中国人民大学出版2005年版,第43页。

〔5〕 川出敏裕「行政警察活動と捜査」法学教室259号(2002年)79页以下参照。

〔6〕 东京高级法院1988年4月1日判决,判例时报1278号152页。

能直接决定侦查措施的法律性质。对侦查措施法律性质的判断应从是否强制地实现侦查目的、是否压制个人意思以及是否制约人身、住所、财产等重要权利三个方面进行综合分析。<sup>〔7〕</sup>日本学者在此判决的基础上先后发展出重要权益说、行为程度说和强制协助侦查说来论证综合分析标准的具体适用问题。基于目的论视角的强制协助侦查说认为实施侦查行为的前提是为了实现侦查目的，区分不同侦查行为性质时应注重对侦查目的进行考察。因此，应通过个案实质性审查的方式来判断侦查措施的法律性质。基于行为论视角的强制程度说认为，对侦查措施法律性质的区分应重视不同侦查行为的表现形式及强制程度。基于同一目的，限制同一权利的侦查措施可能具有多种表现方式，不同侦查措施在强制程度上的差异决定了其行为的法律性质。基于权利论视角的重要权益说认为刑事诉讼法与宪法具有密切的关系，侦查活动涉及的权利应回归到宪法权利的层面上予以讨论，这样一方面可以明确宪法权利的重要性，将侵犯诸如隐私权的侦查行为纳入强制侦查法定原则和令状主义的控制之下；另一方面可以根据权利位阶的不同对侦查措施设定不同的规制力度。<sup>〔8〕</sup>

“对于诱惑侦查而言，其行为并不以压制个人意思为行为手段，也不涉及公民的人身、住所、财产以及隐私等重要权利，应属于任意侦查。”<sup>〔9〕</sup>因此，日本《刑事诉讼法》并没有明确规定诱惑侦查的适用对象、案件范围、实体要素、适用程序等内容。但任意并不代表完全的自由裁量，诱惑侦查在具体实施过程中仍应接受正当性检验。<sup>〔10〕</sup>并且诱惑侦查与一般任意侦查措施在正当性判断上存在明显的逻辑差异，一般的任意侦查措施原则上是正当的，只有在超过相应的行为界限后才可能被认定为违法任意侦查。但诱惑侦查作为一种采取欺骗手段的侦查措施，原则上是违法的，只有当其满足必要性及适当性要素时才可认定其合法性。所以，诱惑侦查虽然在行为性质上属于任意侦查，但在具体正当性判断逻辑上与常规任意侦查是相反的。<sup>〔11〕</sup>

## （二）诱惑侦查合法性判断基础的学说演进

在诱惑侦查的合法性问题上，早期日本各下级法院基本上都是立足于二分法，即根据侦查对象的主观心态不同，将诱惑侦查分为机会提供型和犯意诱发型。以二分法为基础的司法判决均认为被诱惑者存在犯意是诱惑侦查合法性的必要条件，只是早期下级法院的判决认为只要存在犯意就已经满足其合法性要求，而后期判决则要求同时考虑案件的重大性、诱惑侦查的必要性等客观因素。

传统二分法将诱惑侦查分为犯意诱发型和机会提供型，但“犯意诱发型诱惑侦查违法，机会提供型诱惑侦查合法”的判断只是为诱惑侦查的合法性判断提供了一种结果标准。对如何区分犯意诱发型和机会提供型、犯意诱发型诱惑侦查为何违法以及机会提供型诱惑侦查是否也应具有相应行为界限等问题都有待进一步予以阐释。因此，近年来日本学界对诱惑侦查为何违法，即诱惑侦查违法性实质的关注度明显提高，并形成了以制造法益侵害说、有违司法公正说和侵犯人格自律权说为代表的三种学说。

制造法益侵害说认为诱惑侦查的违法性实质在于法益侵害的危险性。诱惑侦查所形成的法益侵害有两种：第一是诱惑侦查所引诱、帮助的犯罪行为本身具有法益侵害性。无论被诱惑者是

〔7〕 最高裁判所 1976 年 3 月 16 日判決，最高裁判所刑事判例集 30 卷 2 号 187 頁。

〔8〕 日本关于任意侦查和强制侦查区分标准的最新讨论可参见吴桐：《科技定位侦查的制度挑战与法律规制——以日本 GPS 侦查案为例的研究》，载《中国刑事法杂志》2020 年第 6 期，第 75—79 页。

〔9〕 三井誠「酒巻匡『刑事手続法（第 7 版）』（有斐閣，2018 年）22 頁。

〔10〕 堀田周吾「任意捜査の相当性判断に関する考察」法学院雑誌 47 卷 1 号（2006 年）24 頁以下参照。

〔11〕 山本和昭「おとりを使った捜査の適法性」専修ロージャーナル 2 号（2007 年）95 頁以下参照。

否已经具有犯意,其实施的犯罪行为本身都具有法益侵害性。因此,诱惑侦查的实施应避免对第三人的权利造成直接侵害。具体应将诱惑侦查的适用范围限定为无被害人犯罪,而非杀人、伤害、性犯罪等侵犯人身权利的案件。第二是诱惑侦查行为本身的法益侵害性。诱惑侦查是通过欺骗方式对被诱惑对象进行诱导,这种手段若超过必要限度会侵害被诱惑者的人格利益。因此,诱惑侦查应在适当的限度内实施。在诱惑侦查合法性认定的问题上,应将法益侵害程度与诱惑侦查的违法性程度联系起来,并综合考虑诱惑侦查与法益侵害结果的因果关系、社会秩序价值与权利保障价值之间的衡量结果等。<sup>[12]</sup>

司法公正说认为诱惑侦查的违法性实质在于,一方面本应打击犯罪的侦查人员通过欺骗方式诱使犯罪发生的做法有违司法廉洁性,另一方面这种给不知真情的公民设下圈套进行引诱的做法,可能会使社会民众对侦查行为的公正性失去信赖。<sup>[13]</sup>从司法公正的角度来看,即使侦查人员基于追诉犯罪的正当目的,诱惑侦查所采用的手段也具有明显的欺诈性质。无论是诱发犯意型还是机会提供型都在不同程度上对司法公正造成了侵害。因此,诱惑侦查的合法性应从必要性和适当性两个方面进行判断,即分析诱惑侦查是否有实施的必要以及诱惑侦查的行为方式是否适当。诱惑侦查的必要性取决于案件的种类、性质、侦查困难程度、被诱惑者是否有实施犯罪嫌疑等因素;诱惑侦查的适当性则应考虑诱惑行为对被诱惑者实施犯罪所起到的作用以及行为本身是否逾越了必要的界限。<sup>[14]</sup>总的来说,司法公正说在判断诱惑侦查合法性的问题上是以必要性和适当性为基础判断要素。

“伴随着社会的变革,作为自律的个人在人格意义上享有生存所不可或缺的基本权利与自由。”<sup>[15]</sup>在刑事诉讼中发现真实亦是存在界限的,而此种界限的基础就在于公民享有的人格权利。<sup>[16]</sup>因此,有学者将人格自律权视为诱惑侦查的违法性实质,其认为诱惑侦查所使用的欺骗、引诱等手段,限制了公民在面对具体事项选择上的人格自律权。<sup>[17]</sup>因此,诱发犯意型诱惑侦查因侵犯了人格自律权而不被允许,机会提供型诱惑侦查作为任意侦查则被允许适用。<sup>[18]</sup>人格自律说认为诱惑侦查的违法性实质在于限制了公民享有的不受公权力干涉的权利,其关注重点是诱惑侦查所涉及的权利是否属于宪法保护的重要权利。但反对者认为,首先,人格自律权不能直接等同于最高裁在酒精呼气检查案中所列举的人身、住所、财产等重要权利,若将其像隐私权一样解释为重要权利,那么机会提供型诱惑侦查也干预了人格自律权,应与犯意诱发型诱惑侦查一样归属于强制侦查。其次,假设诱惑侦查限制了被诱惑者的人格自律权,那么作为一种以自主决定为本质的权利如何评估侦查行为对权利的干预程度就成为无法回避的棘手问题。最后,与一般的民事行为不同,刑事侦查行使的是国家公权力。因此,侦查中的意思决定自由应限定为是否实施犯罪

[12] 酒卷匡「おとり捜査」法学教室 260号(2000年)107頁以下参照。

[13] 参见[日]西原春夫主编:《日本刑事法的重要问题(第二卷)》,金光旭、冯军、张凌译,法律出版社2000年版,第148页。

[14] 金子章「判例研究:最高裁第一小法廷平成16年7月12日決定刑集58卷5号333頁」甲南法学第47卷4号(2007年)683頁以下参照。

[15] 芦部信喜(高桥和之补订):《宪法》(第6版),林来梵、凌维慈、龙绚丽译,清华大学出版社2018年版,第92页。

[16] 加藤克佳「刑事訴訟における真実発見の限界」専修ロージャーナル13号(2017年)139頁以下参照。

[17] 大澤裕「演習刑事訴訟法」法学教室242号(2000年)171頁以下参照。

[18] 参见[日]田口守一:《刑事诉讼法》(第7版),张凌、于秀峰译,法律出版社2019年版,第59页。

行为的意思决定自由。<sup>〔19〕</sup>人格自律说将诱惑侦查合法性的问题进一步复杂化，并不利于解决诱惑侦查合法性的判断难题。

## 二、诱惑侦查合法性认定的实践发展与阶段化特征

如前所述，在如何判断诱惑侦查合法性的问题上，日本过去实践做法是将诱惑侦查分为“机会提供型”与“犯意诱发型”，进而简单认定前者合法，后者违法。这种情况随着最高裁相关判例的出现而得到了改变。2004年，最高裁首次在持有大麻案的判决中以任意侦查的正当性要件为基础对诱惑侦查的合法性认定问题进行了论述，该判决对于明确诱惑侦查的合法性认定标准具有基础意义。因此，本文以持有大麻案的判决为基础，结合2016年鹿儿岛地方法院以及2017年札幌地方法院针对诱惑侦查所做出的无罪判决（以下简称“鹿儿岛无罪判决”和“札幌无罪判决”），分析日本司法实践中诱惑侦查合法性认定的基本结构和具体影响因素。

### （一）诉讼经过及裁判要旨

2004年2月26日，被告人X给线人Y打电话拜托其介绍大麻买家。在此通电话前，Y并未有劝说X进行大麻交易的行为。并且根据Y所提供的情报，侦查人员无法掌握X的住所、行踪，使用其他侦查方法也难以收集证据。因此，侦查人员决定实施诱惑侦查。同月29日，一名侦查人员以买家身份经由Y介绍给X，并联络其到预先布置的宾馆房间进行交易。同年3月1日，伪装身份的侦查人员与X约定到大阪地区进行交易，并提出要为其支付东京来往大阪的路费，X表示因为是在做生意，所以来往路费由其自行承担。在X将大麻运输到大阪的宾馆时，侦查人员依现行犯规定将其逮捕。

一审判决和二审判决均认为诱惑侦查合法。针对一审判决，被告方认为，本案中的诱惑侦查属于犯意诱发型违法诱惑侦查，侦查机关通过违法侦查获得的证据应不具有证据能力，故提起上诉。针对二审判决，被告方认为本案中的大麻交易是在侦查人员多次引诱下形成的，其行为违反了日本《宪法》第13条以及第31条，侵犯了被告人的人格自律权，再次提起上诉。对于本案诱惑侦查是否合法，最高裁做出如下判断：

诱惑侦查是侦查人员或受侦查机关委托的人员，隐匿其身份、目的，促使被诱惑者实施犯罪，当被诱惑者着手实施所被引诱的犯罪时，按照现行犯将其抓获的侦查方式。在没有直接被害人的毒品犯罪等案件中，使用常规侦查方法查获犯罪嫌疑人具有困难时，将疑似一有机会就会实施犯罪的嫌疑人作为侦查对象所实施的诱惑侦查，应当解释为是基于《刑事诉讼法》第197条第1项实施的任意侦查行为。

本案中，侦查人员通过常规手段难以收集证据，查获犯罪嫌疑人，并且被告人已表明有偿贩卖大麻的意图，即使侦查人员存在对被告人表示购买大麻的意愿、准备交易场所、要求其将大麻带来交易场所的行为，也应认为其是合法的。因此，本案通过诱惑侦查获取的证据是具有证据能力的，原判决正当。<sup>〔20〕</sup>

〔19〕 金子章「判例研究：最高裁第一小法廷平成16年7月12日決定刑集58卷5号333頁」甲南法学47卷4号（2007年）690頁以下参照。

〔20〕 最高裁判所2004年7月12日判決，最高裁判所刑事判例集58卷5号333頁。

## （二）判决分析及后续发展

持有大麻案的判决是最高裁首次从刑事诉讼法的角度来分析诱惑侦查的行为性质及合法性。

首先,从本案裁判要旨来看,最高裁认为诱惑侦查属于任意侦查并通过援引酒精呼气检查案的判决中关于任意侦查行为界限的判断要素,将诱惑侦查的合法性认定问题转化为任意侦查中对于侦查行为必要性和适当性的判断。<sup>[21]</sup> 具体而言,诱惑侦查的合法性认定应包括以下要素:第一,无直接被害人的毒品犯罪等案件;第二,适用常规侦查方法具有侦查困难;第三,诱惑侦查的对象应为只要有机会就有实施犯罪可能性的犯罪嫌疑人;第四,其作为任意侦查具有适当性。因此,本判决的核心在于明确诱惑侦查的性质从而确定其适用原则和实施行为界限。

其次,从诱惑侦查合法性的判断基础来看,有学者认为最高裁将诱惑侦查的适用对象限定为“有机会就有实施犯罪可能性的嫌疑人”的做法,说明其在诱惑侦查合法性认定问题上秉持的依然是二分法,即提供机会型的诱惑侦查作为任意侦查是被允许的。但在本案判决中最高裁并未如一审判决一样,分析诱惑侦查属于犯意诱发型还是机会提供型,而仅是指出诱惑侦查适用的对象应为只要有机会就会实施犯罪行为的嫌疑人,并且被告人被认定有罪并非因为贩卖大麻,而是基于营利目的持有大麻行为。因此,本案中诱惑侦查针对的并非是尚未发生的贩卖毒品犯罪,而是已经发生的基于营利目的的持有毒品行为。“有机会就会实施犯罪”是作为诱惑侦查启动阶段的合法性要件而存在。

最后,最高裁在判决中否定了人格自律权说将诱惑侦查归为强制侦查的做法,吸收借鉴了法益侵害说和司法公正说的论述。从法益侵害的角度来看,诱惑侦查所制造的犯罪不应造成法益侵害的扩大化,即诱惑侦查不应适用于诸如杀人、伤害等侵害人身权利的犯罪,以免形成对第三者权益的侵害危险性。因此,该判决将诱惑侦查适用的范围限定为无被害人犯罪,能够有效防止诱惑侦查失败时对第三者权利造成侵害。<sup>[22]</sup> 这种观点在后续下级法院的裁判中也有所体现,如札幌无罪判决中指出:

本案中侦查人员对没有证据证明参与枪支犯罪的被告人,用以高价二手车换取对被告人而言没有价值的枪支的行为,对犯罪形成的引诱程度过高,缺乏必要性。在缺乏必要性的前提下,将可能威胁到国民生命财产安全的枪支通过诱惑侦查的手段使其在我国流通,属于重大违法行为。从抑制违法事前侦查行为的观点出发,上述通过违法侦查行为收集的证据不具有证据能力,也不能作为被告人自白的补强证据。

将诱惑侦查合法性认定直接转化为任意侦查中行为必要性和适当性的做法也体现了司法公正说的倾向。如鹿儿岛无罪判决中指出:

本案中被告人对侦查人员布置的车辆多次打量徘徊,对于是否实施盗窃行为持有高度谨慎的态度,其犯罪倾向程度并没有达到侦查人员所认定的“无论是否有本案中的侦查行为都会实施”的程度。因此,本案中的乔装侦查行为在诱使犯罪实施上起到重要作用。而且本案涉及的犯罪与隐匿性较高的毒品犯罪不同,并不属于在证据收集、查获犯

[21] 伊藤荣二『刑事訴訟法判例百選(第10版)』(有斐閣,2017年)23頁参照。

[22] 丸橋昌太郎「おとり捜査に関する最高裁決定平成16年7月12日刑集58巻5号333頁の射程と二分説」信州大学法学論集21号(2016年)171頁以下参照。

罪嫌疑人方面具有困难的案件。因此,本案中的乔装侦查并没有实施的必要性,无论诱惑行为程度高低、是否适当,都超出了任意侦查所允许的范围,影响了侦查的公正性,属于诱发犯罪的违法侦查行为。

综上所述,诱惑侦查作为任意侦查的必要性主要体现在其启动阶段,具体包括案件性质、犯罪嫌疑的有无及程度、常规侦查手段是否具有侦查困难等因素;诱惑侦查作为任意侦查的适当性则体现于实施阶段,具体包括诱惑侦查在犯罪实施过程中是否起到决定性的作用、行为表现方式以及是否符合任意侦查的行为界限。<sup>[23]</sup>

### (三) 诱惑侦查合法性认定的阶段化特征

#### 1. 第一阶段：诱惑侦查启动阶段的合法性

诱惑侦查启动阶段,即侦查人员在发现相关犯罪线索后,决定是否采取诱惑侦查以及采取何种形式诱惑。侦查启动阶段的合法性主要分为诱惑侦查作为事前侦查的合法性和诱惑侦查作为任意侦查的必要性两个部分。

首先,诱惑侦查作为事前侦查的合法性需要满足两项条件:第一,诱惑侦查实施时,该犯罪嫌疑人是否已经连续实施了多次同种犯罪行为;第二,该犯罪行为或犯罪嫌疑与诱惑侦查之间是否具有明确的关联性。<sup>[24]</sup>在持有大麻案的判决中,被告人早先因涉嫌以营利为目的运输毒品原料、以营利为目的持有大麻被判处有期徒刑6年,并且有请求寻找大麻买家的行为,所以侦查人员对其实施的诱惑侦查作为事前侦查是合法的。而在鹿儿岛无罪判决中,被告人先前行为并不能说明其具有实施盗窃车辆财物的犯罪嫌疑,因此出于遏制违法事前侦查行为的目的,侦查人员的乔装侦查被认定为违法侦查。在札幌无罪判决中,侦查人员交给线人的任务是“寻找任何可能持有枪支的人”,并没有限定于被诱惑者,因此该案中侦查人员是出于预防目的,而非侦查目的实施的诱惑侦查,亦不满足事前侦查的合法性要求。<sup>[25]</sup>

其次,如前所述,最高裁在持有大麻案的判决中对诱惑侦查是否正当所列明的判断因素是制造法益侵害说和司法公正说的结合。制造法益侵害说认为诱惑侦查违法性的实质在于形成法益侵害的危险性,诱惑侦查的实施过程应当避免对除被诱惑者以外的第三人造成直接的权利侵害。所以,诱惑侦查适用的案件类型应限定为无直接被害人案件。从司法公正说的角度来看,诱惑侦查本身所具有的诱导性与侦查机关的司法公正性存在冲突。因此,诱惑侦查相比于其他任意侦查而言,其必要性要求更高。使用常规侦查手段具有困难作为必要性要件应起到补充作用,即侦查困难应结合具体案件情况进行分析,而不能简单地将某一类型案件不加区分地认定为在侦查方面存在困难,从而肯定诱惑侦查适用的必要性。如鹿儿岛无罪判决就认为本案中侦查人员可采取跟踪监视等方式来展开侦查活动,并且偷盗汽车财物相比于毒品犯罪、有组织犯罪而言,其犯罪隐蔽程度不高,并没有实施乔装侦查的必要。

综上,在诱惑侦查的启动阶段,被诱惑者是否具有犯罪嫌疑以及是否属于无直接被害人案件共同构成此阶段诱惑侦查合法性的核心判断因素;是否具有侦查困难则系补充性要件,不能独立赋予诱惑侦查合法性。

#### 2. 第二阶段：诱惑侦查实施阶段的正当性

虽然诱惑侦查作为事前侦查可以针对尚未发生的犯罪,作为任意侦查也可以不受强制侦查法

[23] 伊藤荣二『刑事訴訟法判例百選(第10版)』(有斐閣,2017年)23頁参照。

[24] 平尾遼海「おとり捜査の限界について」学生法政論集11号(2017年)37—38頁以下参照。

[25] 松田岳士「演習刑事訴訟法」法学教室463号(2019年)128頁以下参照。

定主义的限制,但任意侦查也有其相应的行为界限。诱惑侦查实施阶段的正当性,主要是判断诱惑侦查作为任意侦查是否适当。

首先,应判断诱惑侦查在犯罪实施过程中是否起到决定性的作用。具体判断因素为侦查人员的诱惑行为是否过度。在持有大麻案的判决中,最高裁认为,本案中被告人表现出有偿贩卖大麻的意图,即使侦查人员有对被告人表示购买大麻的意愿、准备交易场所、要求其将大麻带到交易场所的行为,对于犯罪实施也不起决定性作用。这是从被诱惑者已有犯意的角度来说明诱惑侦查在犯罪实施过程中并未起到决定性作用。但即使被诱惑者已形成犯意,侦查人员仍不应以过度行为来加深其犯意或进一步排除其犯罪障碍。如札幌无罪判决认为侦查人员对没有证据证明参与枪支犯罪的被告人,用以高价二手车换取对被告人而言没有价值的枪支的行为,对犯罪形成的引诱程度过高,从而认定该案中诱惑侦查违法,就是从侦查人员诱惑行为是否过度来判断合法性。

其次,诱惑侦查是否具有目的正当性。目的正当性,主要包括目的区分和目的限定两个方面。目的区分主要体现于诱惑侦查的启动阶段,即诱惑侦查应基于打击犯罪而非预防犯罪的目的。目的限定是针对诱惑侦查的实施阶段“欺骗”的限度和范围。就限度而言,在诱惑侦查过程中适当使用引诱、欺骗是不可避免的,也是其行为区别于常规侦查措施的主要表现,但仍需遵循公众的基本道德认知,避免超过必要限度,造成社会公众对于侦查人员公正性的质疑。就欺骗的范围而言,在实施诱惑侦查的过程中,不能扩大犯罪嫌疑人之犯意并引诱其实施新的犯罪或更加严重的犯罪。

综上,对于诱惑侦查实施阶段的正当性判断主要是以诱惑侦查是否过度以及目的是否正当作为判断因素。其中被诱惑者的主观心态虽然对于判断诱惑侦查是否过度起到一定的影响作用,但整体上仍是以侦查客观行为作为判断对象。

### 三、我国诱惑侦查合法性认定问题的实务考察

目前我国司法实践认定诱惑侦查合法性的规范依据主要来源于三个方面:第一是最高人民法院2000年4月发布的《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》(以下简称《南宁会议纪要》);第二是最高人民法院2008年12月发布的《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》(以下简称《大连会议纪要》);第三是《刑事诉讼法》第153条以及《公安机关办理刑事案件程序规定》第262条至第264条。在《南宁会议纪要》和《大连会议纪要》中诱惑侦查被表述为“特情介入”,并形成了特情贴靠、特情引诱、数量引诱、双套引诱四种行为类型的区分,而在《刑事诉讼法》中,诱惑侦查、卧底侦查、化妆侦查被统称为“隐匿身份侦查”与控制下交付一并归属于第153条。学界针对诱惑侦查合法性认定问题的讨论多集中于对上述条文的理论分析,缺乏通过司法裁判文书展开的实证分析。为此,本部分将围绕司法实践中的诱惑侦查合法性认定问题展开研究,一方面可以提炼出具体问题以拓展理论研究的广度,另一方面也可以加强改革建议的实践指引效果。本部分数据来源于中国裁判文书网,检索词为“刑事案由”与“诱惑侦查”的联合搜索和“刑事案由”与“双套引诱”的联合搜索,文书年份为2009年至2020年,去除同时存在“诱惑侦查”和“双套引诱”判决书1份后得到裁判文书数量为399份,其中判决书316份、裁定书81份、通知书2份。鉴于本文研究主题为诱惑侦查合法性认定,所以筛选除去以下几类文书:(1)重复文书23份;(2)裁判结论部分对是否属于诱惑侦查进行概括性否定或未提及的文书63份;(3)与诱惑侦查无关的文书8份。最终选取了305份文书。在305份文书中法院认定侦查人员实施了诱惑侦查的文书102份,其中

犯意引诱型诱惑侦查 10 份, 机会提供型诱惑侦查 13 份, 数量引诱 12 份, 双套引诱 5 份, 不区分诱惑类型概括性认定为诱惑侦查的 62 份。否定侦查人员实施诱惑侦查的文书为 203 份, 其中认为侦查机关实施的是特情贴靠而非诱惑侦查的 50 份, 侦查行为属于控制下交付的 16 份, 案件侦破属于依靠举报、侦查经营、技侦而非诱惑侦查的 25 份, 根据前科以及相关行为判断犯罪嫌疑人主观心态进而认为存在犯意的 112 份。通过阅读分析上述裁判文书并结合前文从日本司法实践中提炼出的“启动阶段合法性”和“实施阶段正当性”的理论分析框架, 可以发现我国诱惑侦查合法性认定存在以下三个问题。

#### (一) 不区分诱惑侦查行为阶段的概括性认定

从行为阶段对诱惑侦查合法性进行划分的做法, 实际上是因为诱惑侦查在启动阶段和实施阶段存在不同的判断要素。在司法实践中, 法官通常以被告人是否存在犯意作为诱惑侦查合法性与否的判断标准, 但被诱惑者存在犯意仅能够证明侦查人员对其适用诱惑侦查具有合法性, 并不能证明诱惑侦查的具体实施行为满足正当性要求。根据正当程序原则的要求, 即使是对已有犯意的被诱惑者, 诱惑侦查也应在相应的行为限度内, 这也是为何要在《大连会议纪要》中单独规定“双套引诱”的原因。但从笔者收集的判决来看, 上述划分并没有得到应有的重视, 法官概括性认定诱惑侦查合法性的做法较为普遍, 具体表现为以下两类最为典型的问题。

第一是以对启动阶段被诱惑侦查者主观意图的判断替代了实施阶段侦查行为正当性审查, 如将针对已有犯意而实施的特情贴靠视为诱惑侦查的例外。根据《大连会议纪要》规定: “对已持有毒品待售或者有证据证明已准备实施大宗毒品犯罪者, 采取特情贴靠、接洽而破获的案件, 不存在犯罪引诱, 应当依法处理。”该做法的合法性在于, 已有线索或证明表明被诱惑者有实施犯罪的高度盖然性。但该情形只是排除了犯意引诱的可能性, 即侦查人员适用诱惑侦查合法。在具体实施过程中, 特情贴靠仍应受行为是否正当的进一步审查。然而, 在实践中, 法官对上述范围限定和行为评价均有所扩张。如在下述案例 1 中, 法官认为特情贴靠只要没有进行数量引诱和犯意引诱就属于案件必要的侦破方式, 而无须考察其具体实施行为的正当性; 在案例 2 中, 法官认为被告人持有毒品待吸情况下采取特情贴靠也具有合法性。

案例 1 法院认为毒品犯罪在司法实践中需要采用特情介入的侦查方式, 本案不存在犯意引诱与数量引诱情形, 案件侦破方式不能成为从轻处罚的理由。<sup>[26]</sup>

案例 2 对于被告人周某已持有待吸毒品情况下, 公安机关即使采取特情贴靠、接洽而破获案件, 亦不属于犯罪引诱, 应当依法处理。<sup>[27]</sup>

第二是以启动阶段被诱惑者的主观意图限制了实施阶段行为正当性的判断, 如司法实践对“双套引诱”适用范围的不当缩限。根据《大连会议纪要》规定: “行为人在特情既为其安排上线, 又提供下线的双重引诱, 即‘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罚或者依法免于刑事处罚。”双套引诱主要评估的是侦查人员实施诱惑侦查的行为限度, 属于典型的客观标准。但在笔者搜集到的 5 份认定双套引诱的文书中, 法官对于双套引诱的判断均采取的是主观标准, 即因为犯罪嫌疑人没有主观意图, 所以侦查机关既提供上线又提供下线的行为成立双套引

<sup>[26]</sup> 陈某走私、贩卖、运输、制造毒品、容留他人吸毒案, 台州市椒江区人民法院刑事判决书(2015)台椒刑初字第 942 号。

<sup>[27]</sup> 周小松走私、贩卖、运输、制造毒品案, 湖北省荆州市荆州区人民法院刑事判决书(2019)鄂 1003 刑初字第 73 号。

诱,如案例3和案例4。<sup>[28]</sup>

案例3 本院认为,被告人蒋秋林在蔡某因贩卖毒品被逮捕后在特情诱感和促成下形成运输毒品的犯意,是特情既为其提供上线又为其提供下线的双重引诱下进而实施运输毒品的犯罪行为,属于犯罪引诱,依法可予从轻处罚。辩护人关于本案存在犯意引诱及双套引诱建议从轻处罚的意见,与事实及法律规定相符,本院予以采纳。<sup>[29]</sup>

案例4 对于被告人阮祥学辩护人所述“本案存在特情引诱情节,属于犯意引诱”的辩护意见,经查,被告人阮祥学本没有贩卖毒品的主观意图,而是在特情老赵和肖强的诱感和促成下产生犯意,进而实施毒品犯罪,属于“双套引诱”。故本院对该辩护意见予以采纳。<sup>[30]</sup>

然而,双套引诱的危害在于这种同时提供上线和下线的做法,其行为的引诱程度明显高于社会民众所能够接受的范围,属于针对侦查行为正当性的审查要件。因此,即使被引诱者已有犯意,该行为仍为非法诱惑侦查。

## (二) 诱惑侦查启动阶段的合法性判断并不全面

《刑事诉讼法》第153条规定:“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。”其中“为了查明案件”“必要的时候”和“公安机关负责人决定”分别属于诱惑侦查启动阶段的目的要件、必要性要件以及决定主体要件。目的要件将诱惑侦查的适用范围限定为刑事侦查活动,即不能以预防犯罪为目的实施诱惑侦查,必要性要件通过比例原则的实质判断将作为特殊侦查手段的诱惑侦查与常规侦查行为区分开来,决定主体要件则起到限制侦查人员自由裁量权的作用。然而,在司法实践中上述要件均未得到应有的重视。

案例5 辩护人提出本案明显没有达到严重危害公共安全的程度,在首次网监部门成功购买到枪支后,公安机关已足以对被告人吕某、张某进行拘留,但侦查机关继续侦查并进行数量引诱。因此本案通过诱惑侦查手段获得的“三把疑似枪支”的物证,合法性存疑。对此,法院认定被告人在特情人员接洽之前曾经多次贩卖枪支给微信买家,在被特情引诱之前已具有买卖枪支的主观意图与倾向,在特情诱惑作用下增加了枪支贩卖的数量,应仅认定为数量引诱。<sup>[31]</sup>

案例6 对于上诉人李某辩护人提出的侦查机关实施的诱惑侦查未经批准,对被告人李某、唐某进行侦查没有立案的问题。经查,公安机关已于2016年10月

[28] 其余认定为双套引诱文书为阮祥学走私、贩卖、运输毒品案,贵州省毕节市中级人民法院刑事判决书(2016)黔05刑初212号;覃珍军、李坤走私、贩卖、运输、制造毒品案,贵州省毕节市中级人民法院刑事判决书(2016)黔05刑终210号;林安球走私、贩卖、运输、制造毒品案,广东省台山市人民法院刑事判决书(2018)粤0781刑初154号。

[29] 蒋秋林走私、贩卖、运输、制造毒品案,江西省会昌县人民法院刑事判决书(2017)赣0733刑初7号。

[30] 见前注[28],贵州省毕节市中级人民法院刑事判决书,(2016)黔05刑初212号。

[31] 张国庆、吕品非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物案,浙江省温州市龙湾区人民法院刑事判决书(2016)浙0303刑初489号。

8 日出具《说明》作出合理解释，侦查程序未违反法律规定。对上述辩护意见，不予采纳。<sup>〔32〕</sup>

案例 7 本案中上诉人张某一年多前曾因犯贩卖毒品罪被刑事处罚，此案“毒品购买人”向上诉人提出购买冰毒 50 克请求后，上诉人张某即联系毒品货源，很快答复以每克 550 元的价格卖 40 克，并在当天下午进行货、款交付。上述事实过程表明，特情介入前上诉人张某即具有贩卖毒品的概括性故意，只要有人提出购买需求，上诉人张雪峰概括性贩卖毒品故意即转化为具体的贩卖故意。<sup>〔33〕</sup>

在案例 5 中，虽然侦查人员在可以对被告人进行拘留的情况下对其实施数量引诱的行为违反了必要性要件，但法官在判断上仍以被告人已具有主观意图为依据，忽视对实施必要性的判断。而在案例 6 中，法官仅凭借侦查机关出具的情况说明就认定侦查机关未经立案、未经公安机关负责人批准所实施的诱惑侦查属于合法侦查行为，显然缺乏合理性。案例 7 则反映出司法实践对诱惑侦查实施目的的审查缺失。在案例 7 中，侦查机关选择张某实施诱惑侦查的原因在于张某曾于一年前因贩卖毒品罪被刑事处罚，但从裁定书的内容来看，侦查机关在实施诱惑侦查前并无线索或证据表明张某仍在实施毒品犯罪。因此，本案中的诱惑侦查行为完全是出于预防犯罪的目的针对有前科犯罪经历的人群实施概括性诱惑侦查，并不符合打击犯罪的目的。

### （三）缺乏针对诱惑侦查实施阶段的正当性审查

我国《公安机关办理刑事案件程序规定》第 262 条第 2 款规定：“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，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。”《刑事诉讼法》第 153 条第 1 款的规定与此基本一致。其中“不得使用促使他人产生犯罪意图的方法”和“不得采用危害公共安全或者发生重大人身危险的方法”起到对侦查行为程序和案件类型的限制作用。对此，有学者认为这说明我国诱惑侦查合法性认定也采用混合标准，所不同的是我国的混合标准是“以主观标准为主、客观标准为辅”。<sup>〔34〕</sup>但从司法实践来看，在诱惑侦查运用最为普遍的毒品犯罪案件中，法官基本上采取主观审查标准，在认定是否存在犯意引诱情形时，考虑的要素基本是源于被告人的因素，较少对侦查人员的侦查行为进行评价。<sup>〔35〕</sup>在笔者搜集的 305 份文书中仅有 4 份文书在判断是否属于诱惑侦查时提及侦查行为的合法限度，但均未将其作为判断诱惑侦查合法性的关键，其中以案例 8 和案例 9 为代表。<sup>〔36〕</sup>

案例 8 根据前述行为可以认定被告人陈某在案发前已具有毒品犯罪的主观故意，侦查人员的侦查手段客观上并未超出合理限度，侦查人员通过控制举报人向陈某发出毒品邀约的行为不构成犯意引诱，具有诱惑侦查的合法性。但不排除构成数量引诱，量刑

〔32〕 唐碧等人贩卖毒品、非法持有毒品案，湖南省衡阳市中级人民法院刑事裁定书（2017）湘 04 刑终 89 号。

〔33〕 张雪峰走私、贩卖、运输、制造毒品案，辽宁省沈阳市中级人民法院刑事裁定书（2019）辽 01 刑终 615 号。

〔34〕 参见施鹏鹏：《诱惑侦查及其合法性认定——法国模式与借鉴意义》，载《比较法研究》2016 年第 5 期，第 62 页。

〔35〕 参见艾明：《犯意引诱型侦查的认定与证明：实务观察与理论反思》，载《法律科学》2016 年第 2 期，第 198 页。

〔36〕 其余两份文书分别为李秀枝走私、贩卖、运输、制造毒品案，山西省岚县人民法院刑事判决书（2016）晋 1127 刑初 71 号；见前注〔28〕，贵州省毕节市中级人民法院刑事判决书，（2016）黔 05 刑终 210 号。

时应予以从轻考虑。<sup>[37]</sup>

案例9 本案虽系公安民警充当毒品买方,隐匿真实身份主动联系被告人刘某进行毒品交易的机会提供型诱惑侦查,但被告人刘某本身即具有犯意,侦查人员实施的侦查手段仅为电话联系被告人以市场价格进行交易,诱惑程度并未超越合理限度,犯罪行为与诱惑行为之间不存在因果关系,故侦查措施合法。<sup>[38]</sup>

综上所述,在规范层面上,我国针对诱惑侦查不仅设置了主观心态要件、客观行为要件,还形成了启动阶段合法性审查的基本框架,但显然上述要件并未得到司法实践的重视。启动阶段与实施阶段的模糊划分使诱惑侦查合法性的概括认定成为常态,客观行为限度要件和侦查目的要件的审查判断均被主观心态审查所取代。

## 四、我国诱惑侦查合法性认定改革进路

### (一) 诱惑侦查的性质界定及规范方式

从诱惑侦查的概念组成来看,“诱惑”是作为“侦查”的前置限定词而存在的。因此,诱惑侦查应具有作为侦查的一般性和作为诱惑侦查的特殊性。从一般性来看,日本学界认为诱惑侦查作为事前侦查有混淆行政警察活动与司法警察活动的风险,应从目的性、必要性以及犯罪发生的高度盖然性三个方面对其进行限制。我国虽然采取违法与犯罪相区分的双轨制模式,但在侦查程序中却认可二元调查手段的并轨运行。因此,更应重视诱惑侦查作为事前侦查的特性,以防止混淆行政执法与刑事侦查之间的界限。从特殊性来看,诱惑侦查是以诱导性为核心特征,这种诱导性使其区别于以干预基本权利为行为方式的侦查措施。所以从侦查行为性质来看,诱惑侦查应属于一种特殊的任意侦查措施。实际上,将诱惑侦查界定为任意侦查的做法并非日本特色,如美国对于诱惑侦查的规范依据基本上来源于《乔装侦查行动准则》,该准则属于典型的由侦查机关自我授权的内部规定。德国《刑事诉讼法》也仅规定了卧底警探行为,并认为卧底警探原则上由侦查机关的领导者——检察院进行批准授权;在例外情况下,实行司法审查机制。<sup>[39]</sup>因此,诱惑侦查所具有的事前侦查、任意侦查的性质决定了我国《刑事诉讼法》第153条对于诱惑侦查的规定仅可作为其概括授权条款,而非规范依据。

目前我国虽然通过两个会议纪要和《刑事诉讼法》的相关条文对诱惑侦查进行了规定,也初步形成了行为类型的区分,但立法规定的粗疏导致司法实践中诱惑侦查的判断客体并不明确,无论是特情贴靠、犯意引诱、数量引诱还是双套引诱的概念本身都过于模糊以至于仅依靠概念特征难以将其与其他相邻概念形成明确区分。这种弊端源于法官对于规范性文件以及立法的依赖,企图通过规范性文件以及立法明确规定诱惑侦查行为特征,并以此对侦查实践中出现的疑似诱惑侦查行为进行类型化判断,但“再详尽全面的规范性文件,在鲜活并不断变化的引诱手法面前,其规范效果都显得苍白无力”。<sup>[40]</sup>因此,应建立具有司法实践指引作用的案例指导制度对诱惑侦查进行更为具体且明确的界定与规制。2010年11月26日,最高人民法院发布的《最高人民法院关于

[37] 陈远钊走私、贩卖、运输、制造毒品案,浙江省嘉善县人民法院刑事判决书(2017)浙0421刑初356号。

[38] 见前注[36],山西省岚县人民法院刑事判决书,(2016)晋1127刑初29号。

[39] 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》,中国人民公安大学出版社2008年版,第204、293页。

[40] 程雷:《诱惑侦查的程序控制》,载《法学研究》2015年第1期,第157页。

案例指导工作的规定》第7条规定：“最高人民法院发布的指导性案例，各级人民法院审判类似案例时应当参照。”2019年4月4日，最高人民检察院发布的《最高人民检察院关于案例指导工作的规定》第15条规定：“各级人民检察院应当参照指导性案例办理类似案件，可以引述相关指导性案例进行释法说理，但不得代替法律或者司法解释作为案件处理决定的直接依据。”我国的指导性案例既不同于判例在普通法系中的法源地位，也不同于判例在民法法系中被作为非法源来对待的境遇，而是属于应当参照的“准法源”。<sup>〔41〕</sup> 诱惑侦查作为实践性较强的侦查措施，《刑事诉讼法》虽能够限定其规范要件，但却难以针对目的要件、必要性要件以及正当性要件进行详尽规定。而从司法实践来看，两个会议纪要与《刑事诉讼法》对诱惑侦查的相关规定既未使诱惑侦查的合法性认定走向规范化道路，法官自由裁量权也未得到有效制约。因此，在理想状态下应通过最高人民法院、最高人民检察院出台相关的指导性案例来明确诱惑侦查的判断要素，从而为下级法院审查诱惑侦查的合法性提供可操作的标准。与此同时，2020年7月31日起试行的《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见》规定，对于缺乏明确裁判规则或者尚未形成统一裁判规则的，人民法院应当进行类案检索。从上文对诱惑侦查司法认定的梳理来看，无论是两个会议纪要还是《刑事诉讼法》的相关规定都没有起到指引司法认定、形成裁判规则的作用。即使针对采用同一引诱方式的侦查行为，不同法院做出的合法性认定结果可能截然相反。因此，指导性案例的出台也可以有效统一针对诱惑侦查的法律适用。

## （二）诱惑侦查合法性的阶段化认定

在世界范围内，诱惑侦查的合法性认定标准大致分为主观标准、客观标准和混合标准三种。我国《刑事诉讼法》第153条中的“不得诱使他人犯罪”和两个会议纪要中所规定的“犯意引诱”“数量引诱”属于主观判断标准，而《刑事诉讼法》第153条中的“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”和《大连会议纪要》所规定的“双套引诱”则属于客观判断标准。虽然主观标准和客观标准在我国都有相应的规范依据，但相关法条和纪要并没有为两种标准设置具体的判断要素，也没有规定主客观判断标准的适用顺序。这导致诱惑侦查合法性判断存在实践认定过于简单化的问题。而有关诱惑侦查的理论研究均是着眼于如何选择诱惑侦查合法性的判断标准，由主观说向客观说或混合标准说转变成为当前的主流改革进路。但从前文论述来看，在诱惑侦查合法性认定的问题上建立何种倾向的标准并不能完全解决司法实践所面临的棘手问题。若混合说只是提倡将主观说和客观说中的判断因素在个案中混杂使用，而不规定各个要素的审查顺序以及比重大小，那么混合说相较于主观说、客观说而言反而更加模糊。在明确诱惑侦查的行为特征以及认定顺序的基础上，针对诱惑侦查的启动阶段和实施阶段分别建立起具有不同要素的合法性认定标准，对于司法实践来说更具有指导意义。

### 1. 诱惑侦查启动阶段的合法性

诱惑侦查启动阶段的合法性需要判断三个要素：第一，犯罪嫌疑人是否具有实施被引诱犯罪的嫌疑；第二，诱惑侦查的适用是否限于特定的无被害人案件；第三，是否具有侦查困难。犯罪嫌疑要素属于侦查启动的一般合法性要件，案件类型要素以及侦查困难要素属于诱惑侦查启动的特殊合法性要件。

从诱惑侦查启动阶段的一般合法性来看，犯罪嫌疑人是否具有某种犯罪意图以及侦查人员是否基于打击犯罪的目的属于主观方面的内容，难以通过具体的标准进行判断。对此，应将主观要素转化为若干客观情节来解决难以证明的问题。笔者认为，有必要借鉴日本经验从以下两个方面

〔41〕 参见雷磊：《指导性案例法源地位再反思》，载《中国法学》2015年第1期，第289页。

进行设定：第一，犯罪嫌疑人是否已经连续实施了多次同种犯罪行为。该要素能够通过犯罪嫌疑人的先前类似行为来侧面证明其主观上是否存在犯意。第二，先前犯罪行为或犯罪嫌疑与诱惑侦查之间是否具有明确的关联性。该要素能够有效限制侦查人员适用诱惑侦查的范围，禁止侦查人员不当地扩大被诱惑者的犯意。只有满足上述两项条件，诱惑侦查才是出于打击犯罪的侦查目的，而非预防犯罪。

从诱惑侦查启动阶段的特殊合法性来看，诱惑侦查所具有的制造法益侵害和有违司法公正的风险决定其与一般的任意侦查措施不同，应设定严格的适用条件来限制其适用范围。我国立法对诱惑侦查的适用范围并无明确限制，在理论研究中，无被害人犯罪案件常与是否具有侦查困难相混淆，如有学者认为诱惑侦查应严格限定为有特殊重大危险的无被害人犯罪，具体表现为对社会秩序危害较大、侦查困难的案件。<sup>〔42〕</sup>然而是否具有侦查困难应结合个案的具体情况来进行判断，将某一类型案件统一视为侦查困难案件，进而允许采用诱惑侦查手段，会赋予侦查人员过于宽泛的裁量空间。因此，诱惑侦查所适用的案件应限定为无被害人案件。无被害人犯罪主要表现为交易型犯罪案件。犯罪人之间存在广义的利益交换关系，因而交易型犯罪不仅仅限于毒品、走私、文物倒卖等犯罪类型，还包括贿赂、侵犯国家秘密与危害国家安全类犯罪。<sup>〔43〕</sup>对于是否“具有侦查困难”，应审查侦查人员是否已经使用其他手段进行侦查，以及采取其他手段是否难以获得证据。诱惑侦查的初衷在于解决隐蔽型犯罪的侦查困难，但并非所有毒品案件、有组织犯罪案件通过常规侦查手段都难以侦破。在实践中，侦查人员适用诱惑侦查的线索往往来源于已被抓获的犯罪嫌疑人的口供，侦查人员根据其口供锁定相关犯罪嫌疑人并不一定符合启动阶段的合法性审查要件，只有采用常规侦查手段无法收集到有效证据时，才能实施诱惑侦查。

## 2. 诱惑侦查实施阶段的正当性

诱惑侦查是否具有正当性应考察诱惑侦查的行为方式和强度，即诱惑侦查所采取的欺骗手段是否超越了社会公众的认知以及侦查人员是否多次连续地实施诱惑侦查。主要包括诱惑侦查的实施人员适当性以及诱惑侦查的行为正当性两个方面。就实施诱惑侦查的主体而言，如果侦查人员利用诸如恋人、父母等亲密关系实施诱惑侦查，即使必要性重大，也难称合法。利用特情人员实施的诱惑侦查，其诱导程度也大于利用交易关系或利用无关人员实施的诱惑侦查。就诱惑侦查的行为正当性而言，我国目前仅通过《大连会议纪要》明确规定了“双套引诱”行为，笔者认为禁止采用的诱惑侦查方式应包括所有过度引诱的方式，如应禁止侦查人员以远低于市场价格出卖、远高于市场价格购买、在被诱惑者明确拒绝后多次诱导的方式进行诱惑侦查。

诱惑侦查是否具有正当性还应判断诱惑侦查的目的正当性。在启动阶段，诱惑侦查的合法性要求先前的犯罪行为或犯罪嫌疑与侦查人员所采取的诱惑侦查措施之间具有明确的关联性，属于对诱惑侦查启动阶段目的的限定。诱惑侦查实施阶段的目的正当性，要求侦查人员在实施诱惑侦查的过程中，不得超出犯罪嫌疑人已有的犯意而进行引诱，也不得借由诱惑侦查的欺骗行为实施其他侦查目的。最为典型的是毒品犯罪案件中的“犯罪经营”，即“侦查人员在没有证据表明被诱惑对象有重大贩毒嫌疑的情况下进行多次引诱，不断提高涉案毒品

〔42〕 参见薛培、郑家明：《贩卖毒品案件中的诱惑侦查：默认现实抑或法律规制——以四川省成都市 W 区、X 区及 J 县为研究样本》，载《中国刑事法杂志》2012 年第 3 期，第 98 页。

〔43〕 见前注〔40〕，程雷文，第 165—166 页。

数量,制造虚假战果”。<sup>[44]</sup> 这种经营型诱惑侦查,除第一次诱惑行为外,后续诱惑侦查均违背目的正当性要求。欧洲人权法院在“戈尔巴诉克罗地亚案”中亦指出,这种多重诱惑侦查的合法性标准既取决于每一次引诱行为是否满足“禁止过度引诱”的标准,还要求作为整体的多重引诱行为符合“禁止不当扩大犯意与犯罪范围”标准。<sup>[45]</sup> 在具体审查时,诱惑侦查实施阶段的正当性判断应参照比例原则进行,即审查诱惑侦查的行为方式与目的是否相称,在符合正当目的的范围之内根据必要性原则来判断侦查机关是否选择了主体适当且行为正当的诱惑侦查方式。

---

**Abstract** Japan adopts the stage judgment standard of the combination of subject and object to define the legality of entrapment investigation, which is divided into the legitimacy examination at the start stage and the justification examination at the implementation stage, it has clear stage characteristic and distinct practice guiding function. Comparatively speaking, in our country, there are some problems such as unclear concept scope and legal nature caused by the ambiguity of legal provisions in the determination of the legality of entrapment investigation, there is also a tendency to attach too much importance to the setting of static elements in the judgment standards and to neglect the different performances of entrapment investigation in different stages. The way to solve the problem is, on the level of legal norms, to make clear the legal nature of the entrapment investigation as one kind of pre-investigation and arbitrary investigation, and to establish a case guidance system to explain the behavior mode and the elements of legitimacy judgment for the entrapment investigation; on the basis of affirming the subjective and objective mixed criteria, the subjective and objective factors in the judgment of the legitimacy of the enticement investigation should be dynamically reviewed, and then the distinction between the legitimacy review at the start stage and the justification review at the implementation stage should be formed, in order to highlight the function of the practice guide of the judgment standard.

**Keywords** The Legitimacy of Entrapment Investigation, Pre-Investigation, Arbitrary Investigation, Stage Identification, Mixed Standard

---

(责任编辑:林喜芬)

---

[44] 杨志刚:《诱惑侦查研究》,中国法制出版社2008年版,第232页。

[45] 参见潘金贵、李国华:《诱惑侦查的合法性标准与审查判断》,载《华东政法大学学报》2018年第6期,第178页。