

参与式侦查研究

我国“诱惑侦查”的困局与出路

RESEARCH ON PARTICIPATION INVESTIGATION
THE ENTRAPMENT INVESTIGATION'S PLIGHT AND OUTLET

王昌奎 / 著

中国检察出版社

参与式侦查研究

我国“诱惑侦查”的困局与出路

RESEARCH ON PARTICIPATION INVESTIGATION
THE ENTRAPMENT INVESTIGATION'S PLIGHT AND OUTLET

王昌奎 / 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

参与式侦查研究：我国诱惑侦查的困局与出路 / 王昌奎著. —北京：中国检察出版社，2015. 11

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1518 - 6

I. ①参… II. ①王… III. ①刑事侦查 - 研究 - 中国 IV. ①D918

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 251535 号

参与式侦查研究

我国“诱惑侦查”的困局与出路

王昌奎 著

出版发行：中国检察出版社

社 址：北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址：中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

编辑电话：(010)88960622

发行电话：(010)68650015 68650016 68650029

经 销：新华书店

印 刷：三河市西华印务有限公司

开 本：720 mm × 960 mm⁸ 16 开

印 张：20.5 印张

字 数：373 千字

版 次：2015 年 11 月第一版 2015 年 11 月第一次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 5102 - 1518 - 6

定 价：56.00 元

检察版图书，版权所有，侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

摘 要

参与式侦查这一概念是为了打破“诱惑侦查”理论瓶颈而提出的。通说认为,“诱惑侦查”首先发端于大革命前的法国,最初被用来镇压革命党人,20世纪初期被美国联邦调查局(FBI)用来进行反间谍活动,“二战”后西方主要法治国家都不同程度地肯定了这种手段,开始运用这种手段来对付刑事犯罪。我国刑事法学理论中的“诱惑侦查”概念于20世纪末从美国和日本引进。不过,“诱惑侦查”在我国遭遇了理论瓶颈:合法诱惑与非法诱惑根本无法区分。理论上陷入困局,立法上必然陷入僵局;立法陷入僵局,实践中必然出现乱局。近年来,我国司法实践中“诱惑侦查”滥用问题越来越突出,虽然学界不断呼吁将这种手段合法化,但广大人民群众强烈反对,所以这种手段至今没有合法化。显然,只有走出理论困局,才能打破立法僵局;只有打破立法僵局,才能收拾实践乱局。那么,“诱惑侦查”的理论瓶颈到底该如何打破?传统理论一直围绕“诱惑侦查”这一概念做文章,力图在“诱惑”这一概念之下分出合法诱惑与非法诱惑,但事实证明,这是一条绝路。“诱惑侦查”理论上陷入困局并不意味着所有名曰“诱惑侦查”的行为都一无是处。事实上,“诱惑侦查”实践中存在这样一种做法:针对正在实施犯罪或正在预备犯罪而采用的侦查手段,侦查人员在迫不得已的时候以参与作案为幌子,趁机收集犯罪证据,突破案件。这种行为虽然名为“诱惑侦查”,但实际上侦查人员并没有对被侦查人进行教唆、引诱,因此具有一定合理性和许容性。由于这种手段的主要特征是“参与”而非“诱惑”,所以应当将其称为参与式侦查而非“诱惑侦查”。参与式侦查这一概念不但可从理论上将实践中那些带有诱惑性的手段驱逐出去,而且从技术上也相对容易把握,从价值上也更容易赢得人民群众的认同。因此,以参与式侦查为关键词,将司法实践中那些相对合理的做法统摄起来,将其类型化、正当化、合法化,不失为一条走出“诱惑侦查”理论困局、打破“诱惑侦查”立法僵局、收拾“诱惑侦查”实践乱局的理想出路。本书对参与式侦查的研究共分为六个部分。

第一部分提出问题。介绍我国“诱惑侦查”的立法现状、实践问题和理论困局。我国《刑法》、《刑事诉讼法》均禁止使用诱惑性侦查手段。不过,

近年来，公安机关在侦查实践中不断地变相使用这种手段，特别是毒品案件，公安机关对这种手段的使用出现了过多过滥的趋势，而法院对诱惑侦查“破获”的毒品案件几乎是照单全收，无论“犯意引诱”还是“数量引诱”，通通都要定罪处罚，只是在量刑上打折，这在一定程度上又助长了公安机关使用“诱惑侦查”手段的胆量，使“诱惑侦查”滥用问题形成恶性循环。多数学者认为，“诱惑侦查”实践乱局源于立法僵局，因此不断呼吁加强对“诱惑侦查”的立法控制。可“诱惑侦查”的合法边界到底在哪里？无论是主观主义说、客观主义说还是综合主义说，都没有给出令人满意的答案，实践中根本无法把握，始终无法消除人民群众对侦查人员故意制造犯罪的质疑。探索“诱惑侦查”的出路必须从改造“诱惑侦查”这一概念入手。只有名副其实，才能名正言顺。那么，该怎么正名呢？“诱惑侦查”实践中，那些更容易被人民群众认同至少是容忍的手段，其主要特点都是参与而不是诱惑，因此应将“诱惑侦查”更名为参与式侦查。

第二部分论述参与式侦查的基本概念。参与式侦查就是指侦查人员针对那些犯罪线索来源特别稀缺、犯罪嫌疑人反侦查能力特别强、犯罪活动隐蔽性特别强，且持续作案可能性较大的刑事案件，在犯罪嫌疑人正在预备犯罪或正在着手实施犯罪的时候，通过自己或派遣特情假意“参与”到作案过程中，借机收集犯罪证据、情报或信息的一种刑事侦查方法。由于参与式侦查是假意参与，主观上无罪过，所以不同于帮助犯。参与式侦查的重点是“参与”，所以不同于卧底侦查、特情侦查，也不同于控制下交付。参与式侦查表面上与“诱惑侦查”风马牛不相及，但实质上，广义的“参与”涵盖“诱惑”，“诱惑”就是通过言语教唆、鼓励或利益引诱、刺激的方式“参与”，而狭义的“参与”则与“诱惑”相对，可以排除“诱惑”因素。换言之，“诱惑”一定是“参与”，但“参与”并不一定采用“诱惑”。参与式侦查这一概念比“诱惑侦查”概念更科学：从形式上看，“参与”一词比“诱惑”一词更客观，更具正面意义，更容易消除群众质疑；从技术上看，狭义的“参与”可排除教唆、引诱，参与式侦查比“诱惑侦查”的界限更清晰，更容易进行控制；从价值上看，“诱惑”一词很容易给侦查人员传递一种错误的信息，强化其滥用侦查权的意识，而“参与”一词则不断提醒侦查人员不能引诱他人犯罪，所以参与式侦查这一概念比“诱惑侦查”更能传递正能量；从逻辑上看，参与式侦查比“诱惑侦查”更容易在道德、法律、民意上得到证成。

第三部分论述参与式侦查的正当根据。国家权力必先自正然后才能正人，本身是正当的，才能成为正人的标准。权力正当性理论经历了符合论、共识论、综合论这样一个漫长而曲折的发展历程，但权力正当性的真正内涵是：来

源于人民的授权，能够得到全体公民的普遍支持、认同至少是容忍，能够保护全体公民的人权。任何一种行为上升为国家权力行为，都必须具有正当根据、理论根基。根据陈忠林教授的人性、人权、伦理理论，狭义的参与式侦查行为具有正当性。从人性的角度看，犯罪行为实质上就是犯罪人实施的以侵害或威胁全体社会成员利益的方式满足自己需要的行为，狭义的参与式侦查行为作为保护全体社会成员满足自己需要的重要手段，当然能够得到老百姓的支持和认同，因而具有正当性；从人权的角度看，犯罪行为实质上就是犯罪人实施的侵害或威胁全体公民人权的行為，狭义的参与式侦查行为作为保护全体公民人权的重要手段，当然能够得到老百姓的支持和认同，因而具有正当性；从伦理的角度看，犯罪行为实质上是犯罪人实施的违背伦理道德、违背自己的良心，违背人民群众普遍认同的常识、常理、常情的“害人”行为，狭义的参与式侦查作为维护底线的伦理道德、“保护人不受害”的重要手段，当然能够得到老百姓的支持和认同，因而具有正当性。

第四部分论述参与式侦查的合理限度。一个民族的文明程度，在很大程度上是通过它实施刑法所使用的方法来衡量的。任何现世的权力都不是无限的，不论这种权力属于人民、属于人民代表、属于任何名义的人，还是属于法律。参与式侦查行为有正当的理论根据，并不意味着这种侦查行为就没有合理限度，就可以无节制地使用。与其他国家权力行为一样，参与式侦查行为也有自己的活动界域：必须“以他人的鼻子为界限”，以全体公民的人权为界，只能“在夹缝中生存”，在“笼子”中活动，既不能不保护全体公民的人权，更不能侵害或威胁全体公民的人权。具体而言，“参与式侦查”有三个维度：（1）只有到迫不得已的时候才能使用，不该使用的时候使用，就是滥用职权，这是使用该权力不可逾越的“红线”；（2）到了迫不得已的时候就必须用，该用的时候不用，就是玩忽职守，这是该权力退守的“底线”；（3）动用这种特殊手段所保护的利益必须大于其损害的利益，该轻的时候不轻，该重的时候不重，仍然是滥用职权或玩忽职守，这是使用该权力应当准确把握的“剂量”。换言之，参与式侦查行为只有在迫不得已的限度内运行才具有正当性、合理性。

第五部分论述参与式侦查的界域控制。掌握侦查权的是人，不是神，每个人骨子里都有优先满足自己需要的冲动，侦查人员也有滥用权力的冲动。狭义的“参与式侦查”行为正当化以后，难免有人打着参与式侦查的旗号，继续行“诱惑侦查”之实，通过言语教唆、鼓励和利益引诱、刺激的方式“参与”。要保证参与侦查行为始终能在其合法界域内运行，就必须对其进行严格控制。控制的方法包括立法控制、程序控制、实体控制。首先，加强立法控制。在立法上明确规定参与式侦查行为的目的、侦查主体、侦查对象、适用范

围,明确参与式侦查行为的强度,严格控制参与式侦查行为带来的风险。其次,加强程序控制。在程序上要充分利用检察权力、公民权利、审判权力来制约侦查权力,具体包括建立司法授权制度,由检察机关负责审查批准;完善刑事辩护制度,强化当事人及其辩护律师的程序性辩护权和实体性辩护权;建立陪审团制度,让人民群众有序地参与司法;建立司法审查制度,丰富法院的程序性制裁手段。最后,加强实体控制。主要包括妥善处断违法参与侦查案件,严格追究违法参与侦查人员的刑事责任。无论是对侦查人员或被侦查人员行为的定性,都必须坚持罪过原则,根据罪过的内容来定性,根据罪过的内容及其实现程度来量刑。

第六部分对前面五个部分的内容进行总结。参与式侦查行为是一种介入程度很深、风险性很高的侦查行为,只能针对那些无特定被害人、易发多发的重大的“隐形案件”。针对这类案件,侦查机关只能通过假意提供帮助的方式“参与”,不能通过言语教唆、鼓励和利益引诱、刺激的方式“参与”;“参与”的目的只能是为了把已经发生的事实搞清楚,还原事情真相,不能为了把事情搞大;参与式侦查只能针对具体的行为,不能针对他人的自由意志,更不能强化甚至扩大他人的主观恶性;只能针对正在发生或已经发生的犯罪事实,不能针对尚未发生的案件;只能尽可能减少犯罪损失,不允许扩大危害,不能引诱没有决意实施犯罪的人实施犯罪,或实施比行为人原来打算实施的更严重的犯罪。狭义参与式侦查不同于“机会提供型诱惑侦查”,虽然后者也可以理解为通过提供机会的方式参与,但二者有本质区别:前者的参与时间是被侦查人开始预备或着手实施犯罪行为之后,后者参与的时间通常在被侦查人犯意形成阶段;前者本质上是一种协助行为,后者本质上还是一种诱惑行为;前者在犯罪活动中通常只是个“配角”,起辅助作用或次要作用,后者在整个犯罪活动中可能充当“主角”,起主要作用。

关键词: 参与式侦查; 基本概念; 正当根据; 合理限度; 界域控制

目 录

摘 要	1
第一章 问题的提出	1
第一节 我国“诱惑侦查”的立法现状	1
第二节 我国“诱惑侦查”的实践问题	6
一、“诱惑侦查”行为随意性大,滥用问题较为严重	8
二、“诱惑侦查”行为很难控制,“受诱者”的救济权利无法兑现	10
三、“诱惑侦查”的正当性受到质疑	15
第三节 我国“诱惑侦查”的理论困局	16
一、“诱惑侦查”的界限该如何把握	18
二、“诱惑侦查”案件该如何处断	26
三、“诱惑侦查”责任该如何认定	29
第四节 我国“诱惑侦查”的主要症结	30
第五节 我国“诱惑侦查”的突围之路	42
第二章 参与式侦查的基本概念	45
第一节 参与式侦查的内涵	45
一、参与式侦查的定义	45
二、参与式侦查的渊源	50
三、参与式侦查的特征	55
四、参与式侦查的类型	58
第二节 参与式侦查的外延	61
一、参与式侦查与秘密侦查	61
二、参与式侦查与技术侦查	64
三、参与式侦查与特情侦查	65

四、参与式侦查与卧底侦查	66
五、参与式侦查与控制下交付	68
六、参与式侦查与警察圈套	70
七、参与式侦查与陷害教唆	72
第三节 参与式侦查概念的价值	73
一、参与式侦查比“诱惑侦查”更科学	74
二、参与式侦查比“诱饵侦查”更科学	81
三、参与式侦查比“刺激侦查”更科学	82
四、参与式侦查比“介入侦查”更科学	83
第四节 参与式侦查的定位	84
一、参与式侦查只是一种侦查策略	84
二、参与式侦查只是一种辅助手段	85
三、参与式侦查必须要与其他策略配合使用	86
第三章 参与式侦查的正当根据	87
第一节 权力正当性的基本概念	87
一、正当性概念的基本内涵	87
二、权力正当性的历史进路	94
三、权力正当性的科学解读	101
四、探索权力正当根据的重要意义	103
第二节 从人性的角度分析参与式侦查的正当根据	104
一、人性的基本概念	104
二、人性理论的起源与发展	105
三、人性的科学解读	113
四、对参与式侦查行为人性根据的科学解读	116
第三节 从人权的角度分析参与式侦查行为的正当根据	124
一、人权的基本概念	124
二、人权的价值定位	127
三、对参与式侦查行为人权根据的科学解读	130
第四节 从伦理的角度分析参与式侦查的正当根据	141
一、伦理的基本概念	141
二、伦理的表现形式	147

三、对参与式侦查行为伦理根据的科学解读·····	157
第四章 参与式侦查的合理限度·····	165
第一节 权力合理限度理论概述·····	165
一、权力合理限度的基本概念·····	165
二、权力合理限度的理论前提·····	167
三、权力有限理论的产生背景·····	168
四、权力合理限度的思维历程·····	170
五、权力合理限度的重新界定·····	172
第二节 侦查权力合理限度的界定·····	173
一、对刑罚性质的认识·····	173
二、对刑罚权合理限度思想的认识·····	175
三、界定刑罚权的合理限度·····	179
四、界定侦查权的合理限度·····	183
第三节 参与式侦查行为合理限度的界定·····	189
一、特殊侦查行为的合理限度·····	190
二、参与式侦查行为的合理限度·····	191
第五章 参与式侦查的界域控制·····	194
第一节 权力控制理论概述·····	194
一、权力控制的原因·····	194
二、权力控制的意义·····	195
三、权力控制的方法·····	196
第二节 参与式侦查行为的立法控制·····	201
一、参与式侦查适用目的的控制·····	201
二、参与式侦查适用主体的控制·····	204
三、参与式侦查适用范围的控制·····	208
四、参与式侦查适用对象的控制·····	210
五、参与式侦查具体手段的控制·····	215
六、参与式侦查风险的控制·····	219
第三节 参与式侦查行为的程序控制·····	220
一、利用检察权力进行控制·····	220

二、利用审判权力进行控制	226
三、利用公民权利进行控制	239
第四节 参与式侦查行为的实体控制	253
一、准确认定参与作案各方责任的理论前提	254
二、合法参与式侦查案件中各方责任的认定	263
三、违法参与式侦查案件中各方责任的认定	267
结 论	280
参考文献	283
致 谢	311

第一章 问题的提出

参与式侦查这一概念是针对我国“诱惑侦查”问题和困局而提出的。通说认为,“诱惑侦查”是“二战”以来随着刑事犯罪组织化、集团化、职业化日趋严峻而在西方逐渐发展起来的一种刑事侦查手段。这种侦查手段主要是指,侦查机关针对那些主观上有犯罪意图或犯罪趋向的人,通过特意设计某种诱发犯罪的情景,或者提供一定的实施条件或机会,诱使犯罪嫌疑人暴露犯罪意图或实施犯罪行为,进而拘捕犯罪嫌疑人,侦破案件^[1]。“诱惑侦查”首先发端于大革命前的法国,最初被用来镇压革命党人,20世纪初期被美国联邦调查局(FBI)用来进行反间谍活动,“二战”后西方主要法治国家都不同程度地肯定了这种手段,开始运用这种手段来对付刑事犯罪。不过,各国对“诱惑侦查”可能给公民基本的人权造成的侵害都保持了相当警惕的态度,都通过不同的形式进行了严格规制。20世纪50年代初,这种手段随着美国占领军传到日本^[2]。80年代末90年代初,随着毒品犯罪的不断增加和西方各种法学思潮的不断涌入,“诱惑侦查”逐渐进入我国司法实务界和法学理论界的视域。

第一节 我国“诱惑侦查”的立法现状

我国立法禁止使用诱惑性的侦查手段^①。1979年《刑事诉讼法》第32条明确规定:“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。”1996年《刑事诉讼法》第43条、2012年《刑事诉讼法》第50条均再

① 2012年我国《刑事诉讼法》修订以前,在讨论诱惑侦查的立法现状时,绝大多数学者均认为“我国在立法上一直未承认诱惑侦查”,“我国立法机关并未授予侦查机关使用诱惑性侦查手段的权力”。笔者认为,学界的这一判断值得商榷。事实上自1979年以来,我国《刑事诉讼法》一直在强调“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据”。可见,我国对“诱惑侦查”的态度,不仅是“并未承认”或“没有授权”的问题,而是严令禁止。2012年修订的《刑事诉讼法》第151条更是明确规定:“不得诱使他人犯罪”。

次强调了上述内容。除了《刑事诉讼法》，我国《刑法》也明确将帮助、引诱（教唆）他人实施犯罪的行为列入刑罚处罚的范围。1979年《刑法》第26条明确规定：“教唆他人犯罪的，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚，教唆不满十八周岁的人犯罪的，应当从重处罚”，“如果被教唆的人没有犯被教唆的罪，对于教唆犯，可以从轻或者减轻处罚”。1997年《刑法》和现行《刑法》第27条、第29条再次强调了上述内容。除了将引诱、帮助他人进行犯罪的行为列入犯罪处罚的范围，刑法还将被引诱、被胁迫参加犯罪行为的列入量刑打折的范围。1979年《刑法》第25条明确规定：“被胁迫、被诱骗参加犯罪的，应当按照他的犯罪情节，比照从犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。”显然，这是对引诱他人犯罪的行为的另一种否定。不过，由于到底哪些行为属于“被诱骗参加犯罪”不好区分，容易造成司法实践混乱，所以在1997年《刑法》修改时将这一内容删除。除了在总则中规定教唆犯、帮助犯之外，现行《刑法》还在分则中专门将一些特殊的教唆、帮助行为列入犯罪处罚的范围。如第六章“妨害社会管理秩序罪”第八节就专门规定了“组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪”。该法第353条规定：“引诱、教唆、欺骗他人吸食、注射毒品的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金”，“引诱、教唆、欺骗或者强迫未成年人吸食、注射毒品的，从重处罚”。该法第354条规定：“容留他人吸食、注射毒品的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金”。

有学者认为，2012年修订后的《刑事诉讼法》第151条将“隐匿身份的侦查”和“控制下的交付”两种特殊侦查措施合法化^①，因此“诱惑侦查”已经被合法化，已经“从幕后走向了台前”^[3]。但事实上，“诱惑侦查”与“控制下的交付”、“隐匿身份的侦查”并非一回事。首先，这几种手段强调的侧重点各不相同。从现代汉语的角度，“诱惑侦查”的关键在“诱惑”，“控制下交付”的关键在“控制”，“隐匿身份的侦查”关键在“隐匿”。“诱惑”与“控制”、“隐匿”明显有别：“诱惑”针对的是人的意志，“控制”针对的是人的行为，“隐匿”针对的是人的认识；“诱惑”的目的是使人的意志更加坚决，“控制”的目的是使犯罪行为不至于失控，“隐匿”的目的是不打草惊蛇。第二，“诱惑侦查”属于典型的内线侦查，侦查人员或其派遣的特情一般要接

^① 《刑事诉讼法》第151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”，“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，可以依照规定实施控制下交付”。

触“犯罪嫌疑人”，要通过言语游说或提供极具诱惑的诱饵让其实施犯罪行为，“控制下交付”属于典型的外线侦查，侦查人员只需要借助科技手段监控犯罪嫌疑人的作案过程，“隐匿身份的侦查”则既可能是内线侦查（如卧底），也可能是外线侦查（如跟踪）。第三，通说认为，现代汉语中所称的“诱惑侦查”就是美国司法部1981年“The Attorney General’s Guidelines on FBI Undercover Operations”（《FBI秘密侦查行动准则》）中的“entrapment”^①，“控制下交付”这一概念来自于《联合国非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，其英文表达式是“Controlled Delivery”，“隐匿身份的侦查”属于秘密侦查的一种^②，秘密侦查一词也出自《FBI秘密侦查行动准则》，其英文表达式是“Undercover Operations”。况且，2012年修订后的《刑事诉讼法》第151条明确规定：“不得诱使他人犯罪”。可见“诱惑侦查”手段仍然属于法律禁止使用的手段。有学者认为，2012年修订后的《刑事诉讼法》将“技术侦查”合法化，“诱惑侦查”属于技术侦查的范畴，所以“诱惑侦查”也被合法化。但笔者认为，技术侦查之“技术”主要是指“科学技术”，而不是指“技巧”。如果“诱惑侦查”可以纳入“技术侦查”的范畴而被合法化，那么，包括“刑讯逼供”、“威胁”、“引诱”等手段也可算得上一种“侦查技巧”，也可以将其纳入“技术侦查”的范畴而被合法化。虽然2012年修订后的《刑事诉讼法》将“隐匿身份的侦查”、“控制下的交付”规定在第二章第八节中，从形式上将其“纳入”了“技术侦查措施”的范畴，但这是立法技术的问题，已有不少学者提出了批评意见，认为这是“题不对文”^[4]。

虽然自1979年以来我国《刑法》、《刑事诉讼法》（以下简称“两法”）就禁止使用“诱惑侦查”手段，但改革开放以来，随着刑事犯罪日益组织化、集团化、职业化、智能化，随着刑事案件办案数量被列入政绩考核的内容，我国司法实务部门逐渐产生了使用“诱惑侦查”的冲动。他们先后通过内部规定、司法解释性文件甚至地方规范性文件等方式，将我国建国以后至1979年“两法”出台之前先后确立的“特情侦查”、“秘密侦查”等与“诱惑侦查”相关的侦查手段“合法化”^③，这无疑在一定程度上为“诱惑侦查”松了绑，

① 不过其英文表达式存在很大争议，具体争议详见下文““诱惑侦查”概念本身存在争议”部分，此不赘述。

② 一般认为，秘密侦查包括隐匿侦查人员身份、隐匿侦查意图两种。

③ 事实上，1979年全国人民代表大会通过的《刑事诉讼法》中根本就没有“特情侦查”、“秘密侦查”、“技术侦查”等概念，换言之，《刑事诉讼法》根本就没有授予司法实务部门这些权力。根据职权法定原则，司法实务部门通过的无论是内部规定、司法解释性文件，还是地方规范性文件都无权授予自己或别人这些权力。

为使用“诱惑侦查”手段“打擦边球”提供了方便。我国对“特情侦查”的确立最早可追溯到1951年。在1951年召开的全国第一次公安工作会议上就决定将特情工作应用于刑事侦查。1955年全国第一次刑事侦查工作会议召开,刑事特情工作被提高到了刑事侦查工作的基础地位。1963年,公安部制定并下发了《刑事侦察工作细则草案(试行)》,首次以规范性文件的形式自己赋予了自己进行使用“特情侦查”手段的权力。虽然1979年通过的《刑事诉讼法》并没有明确承认“特情侦查”的合法地位,但1984年和2001年公安部还是相继下发了《刑事特情工作细则》、《刑事特情工作规定》,对于刑事特情的物建、使用、管理、分类等作出了明确的规定。1984年《刑事特情工作细则》规定:“刑事特情人员的设置须经领导的批准,所获得的证据材料不能直接作为证据使用,而应转换为符合刑事诉讼的要求,才能在法庭上公开使用”;“特情人员一般不出庭作证,但可向法庭提供能够作出公开解释的必要的证言,如果需要出庭的,应经过其本人的同意,以检举人或坦白自首的同案人身份出庭”。2006年4月,公安部刑侦局于2000年开始编写的《刑警办案须知(试行)》正式施行,该《须知》第150条规定:“侦查人员可以运用刑事特情,了解和控制侦查对象的活动情况,必要时可以开展内线侦查,为侦查办案提供证据和线索。”“秘密侦查”概念最早出现在1978年公安部出台的《刑事侦查工作细则》中,该细则将秘密搜查、密取证据、跟踪监视、使用耳目、技术鉴定等手段纳入了“秘密侦查”的范畴。1979年公安部出台《关于刑事侦查部门分管的刑事案件及其立案标准和管理制度的规定》。该规定第四节规定:“使用秘密侦查手段必须履行审批手续”,“秘密搜查由县市以上公安机关负责人批准”。为了进一步规范秘密侦查,公安部随后又颁布了《秘密侦查工作细则》,规定通过秘密侦查所取得的证据材料通通不能在诉讼中采用。除了将“特情侦查”、“秘密侦查”手段通过内部规定的方式“合法化”外,在司法实务部门的推动下,全国人民代表大会常务委员会先后于1993年、1995年通过了《国家安全法》、《人民警察法》。这两部法律大胆突破“两法”的规定,赋予了国家安全机关、公安机关使用“技术侦查”手段的权力^①。

^① 《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,可以采取技术侦察措施。”《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,可以采取技术侦察措施。”1979年全国人民代表大会通过的《刑事诉讼法》中根本就关于“技术侦查”这一概念,只规定了一些常规侦查措施,但1993年全国人大常委会通过的《国家安全法》和1995年全国人大常委会通过的《人民警察法》规定国家安全机关和公安机关可以使用“技术侦查”手段,实质上是突破了《刑事诉讼法》的基本界限,本质上是下位法违反上位法。

2000年,公安部又通过了《关于技术侦查工作的规定》和《关于加强公安技术侦查工作的意见》,进一步规范了技术侦查工作的操作程序。

除了公安部外,最高人民法院、最高人民检察院(以下简称“两高”)也先后出台了一系列相关的司法解释或司法解释性文件,这些文件在一定程度上也为“诱惑侦查”手段的使用提供了更为宽松的环境。1998年,最高人民法院通过《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》,该解释第61条规定:“凡经查证确实属于采用刑讯逼供或威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述,不能作为定案的根据。”1999年,最高人民检察院通过了《人民检察院刑事诉讼规则》,该规则第265条也作出与上述内容大致相同的规定^①。这些规定通过限制性的解释,将侦查机关的“引诱”行为仅仅限定为收集言词证据的行为,使“两法”中关于禁止使用“诱惑”手段的规定被局部架空。如果这些只是使“两法”中关于禁止使用“诱惑”性侦查手段的规定被局部架空,那么“两高”的下列文件则使“两法”中关于禁止使用“诱惑”性手段的规定完全变成一纸空文。2000年1月和2008年9月,最高人民法院先后在广西南宁市和辽宁大连市召开了全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会和全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会,形成了《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》(法〔2000〕42号,以下简称《南宁会议纪要》)和《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》)。这两个纪要通过类似立法的实体规则对毒品犯罪中的各种形式的诱惑侦查行为都给予了充分肯定。《南宁会议纪要》第一次提出了“犯意引诱”、“数量引诱”的概念,并明确规定“犯意引诱是指侦查人员对没有犯罪意图的人进行引诱,使其产生犯意,并实施犯罪;数量诱惑是指侦查机关在诱惑其犯罪时,不断层层加码,引诱犯罪嫌疑人增加犯罪数额,从而使被告人实施较通常情节严重得多的犯罪”。根据上述表述,“犯意引诱”、“数量引诱”分别相当于学界提出的犯意诱发型诱惑侦查、机会提供型诱惑侦查。《南宁会议纪要》还规定:“在毒品犯罪中,对被侦查机关进行‘犯意引诱’、‘数量引诱’的被告人,应当从轻处罚,即使超过判处死刑的毒品数量标准,一般也不应判处死刑立即执行。”根据“两个会议纪要”,无论是犯意诱发型诱惑侦查,还是机会提供型诱惑侦查都为合法的侦查手段,无论通过哪种手段查获的案件,法院都会作出有罪判决。

^① 1999年《人民检察院刑事诉讼规则》第265条规定:“严禁以非法的方法收集证据。以刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法收集的犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言,不能作为指控犯罪的根据。”

云南、四川等少数地区则先后出台地方性规范性文件，明确承认了“诱惑侦查”。1995年，云南省公安厅出台了《关于侦查预备贩毒案件暂行规定》（以下简称《规定》）。该《规定》明确规定，公安机关对贩毒案件可以进行诱惑侦查，侦查目的是“为了制止人民币外流，防止毒品流入境内造成危害，挽救一批毒品犯罪分子”；启动条件是“对象具有犯罪预备行为”，即“主观上明确表露贩毒犯罪意图，客观上实施了毒品犯罪行为”；诱惑方式限于“假卖”，即使用库存毒品或以假充真，以确保毒品安全，做到人赃俱获；诱惑侦查主体限于“县级以上公安缉毒侦查部门”；审批程序为“立案地地检法三长协商同意后报省公安厅批准”。2001年，四川省法院、省检察院、省公安厅联合制定了《关于贩卖毒品案件有关犯罪预备问题的意见》（以下简称《意见》）。《意见》也将诱惑侦查的适用范围限定为“贩卖毒品犯罪”；启动条件是“对象具有为贩卖毒品准备工具、制造条件的预备行为”；诱惑方式包括“假买”、“假卖”两种方式；由公安机关自行审批，但“假卖”由省公安厅批准，由市州以上公安机关组织立案侦查。《意见》还规定了诱惑侦查行为限度，即不得诱人犯罪，可算是技术上相对成型的规范性文件。这两部规范性文件，为我国诱惑侦查法制的建构积累了有益的经验。

第二节 我国“诱惑侦查”的实践问题

虽然我国法律严格禁止“诱惑侦查”，但部委规范性文件对此有所松动。改革开放30多年来，公安机关正是根据这些“松动”的规定在悄悄地变相地展开“诱惑侦查”。

当前我国司法实践中的“诱惑侦查”主要有四个特点：

1. “诱惑侦查”手段常被变相使用。侦查机关一般不敢名正言顺、光明正大地使用“诱惑侦查”手段，而且事后一般也不会明确承认。他们常常是以“特情侦查”、“秘密侦查”、“技术侦查”的名义变相使用这种手段。因为这种手段没有得到《刑事诉讼法》的明确授权，且在理论上也存在很大的争议，侦查机关怕明确承认后引起社会舆论强烈谴责，难以承受舆论压力，而且也容易暴露“特情”的身份。变相使用“诱惑侦查”手段“破获”的案件常常有以下几个明显标志：基本上都是先“破案”后“立案”，且