

诱惑侦查中的 若干问题

YOUHUOZHENCHAZHONGDE

RUOGANWENTI

魏东 赵勇 著



中国人民公安大学出版社

诱惑侦查中的若干问题

魏 东 赵 勇 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

诱惑侦查中的若干问题/魏东, 赵勇著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2004.3

ISBN 7-81087-655-4

I. 诱… II. ①魏… ②赵… III. 侦查—研究

IV. D918

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 010046 号

诱惑侦查中的若干问题

YOUHUO ZHENCHAZHONG DE RUOGANWENTI

魏东 赵勇 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省抚宁县印刷厂

版 次: 2004 年 3 月第 1 版

印 次: 2004 年 3 月第 1 次印刷

印 张: 7.375

开 本: 850 毫米 × 1168 毫米 1/32

字 数: 185 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

书 号: ISBN 7-81087-655-4/D·487

定 价: 16.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 翻印必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn



写在前面的话

我从警8年，后又专门从事刑事法学研究工作，深感诱惑侦查是一个“问题”。于是，我在撰写博士学位论文《教唆犯研究》时，顺带研究了诱惑侦查中的一些理论问题，并设专节对此问题进行了比较系统的阐述。^①再后来，我又将自己对诱惑侦查的一些研究和思考进行系统整理，总结出“诱惑侦查有限适用理论”，以《论诱惑侦查“有限适用”理论及其借鉴》为题，在《四川警官高等专科学校学报》2003年第1期上公开发表。与我不谋而合的是，当时正在四川大学法学院攻读诉讼法硕士学位的赵勇，他现在已经成为西南财经大学法学院颇受学生欢迎的青年教师，也以诱惑侦查为学位论文选题，对“中国诱惑侦查的现状与规制构想”问题进行了比较系统的研究，并于2002年6月顺利通过了学位论文答辩，论文质量得到了答辩委员会的充分肯定。因为这种“缘分”，我与赵勇便多次展开了诱惑侦查问题的讨论交流，双方均觉得对诱惑侦查问题进行系统研究具有重大理论价值和实践意义。我们注意到，学术界尽管对诱惑侦查问题有所研究，报刊杂志上也公开发表了一些相关的学术论文，但

^① 该博士论文经过加工修改，以《教唆犯研究》为题，被纳入赵秉志教授主编的“刑事法律科学文库(20)”，由中国人民公安大学出版社于2002年12月公开出版。其中，第四章第八节专题讨论了“诱惑侦查”问题，详见魏东：《教唆犯研究》，第188~230页，中国人民公安大学出版社，2002年12月版。

是，学术界尚缺乏对此问题的系统研究，更没有公开出版有关诱惑侦查问题研究的学术专著。这种状况在一定程度上说明，中国的诱惑侦查理论基本上是一个亟须填补的学术“空白”。

有感于此，我们决定将我们各自相对来说比较系统、各有侧重的诱惑侦查理论研究成果集中出版，以期填补中国现存的学术空白，并引起学术界对诱惑侦查问题的重视。同时，我们打算继续对诱惑侦查问题进行更加系统的体系化理论研究，希望在不久的将来奉献出更加高质量的学术成果。出于上面的考虑，我们在本书中仍然保持了各自研究成果的相对独立性，允许各自成果之间出现内容上的交叉重复和体例上的差异甚至“矛盾”，目的是在“填补”学术空白的同时，给学术界提供更多参考的“资料”和批判的“靶子”，为下一步的深入研究奠定基础。所以，我们将本书的书名确定为《诱惑侦查中的若干问题》。这本小册子，只是一项研究工作的初步成果和阶段性成果，也是一种系统理论研究的热忱期待。

本书除了收录我的《诱惑侦查“有限适用理论”及其借鉴》和赵勇的《中国诱惑侦查的现状与规制构想》两个课题的研究成果外，还以“课题三”的形式收录了主要由我撰写的一些与诱惑侦查问题相关的论文，包括《黑社会犯罪的基本内涵和刑事政策》、《恐怖主义犯罪研究》、《中国的毒品犯罪立法》、《吸毒行为犯罪化：比较研究与立法借鉴》、《犯罪国际化态势与国家政策调整》和《刑事侦查制度：中国香港考察与内地借鉴》共6篇文章，供学界同仁参考。

魏 东

初稿：2003年6月于四川大学法学院

修订：2003年12月于中国人民大学

目 录

写在前面的话.....	1
课题一 诱惑侦查“有限适用理论”及其借鉴	1
一、主要西方国家的诱惑侦查实践	3
二、诱惑侦查“有限适用理论”的基本内容	14
三、中国借鉴诱惑侦查“有限适用理论”若干问题研究	17
课题二 中国诱惑侦查的现状与规制构想	46
一、实然考察(1):中国诱惑侦查的现状与问题	46
二、实然考察(2):各主要法治国家的诱惑侦查实践	49
三、理论研究(1):诱惑侦查与法治国家刑事侦查手段	70
四、理论研究(2):中国诱惑侦查的规制构想	82
课题三 相关问题研究	96
一、黑社会犯罪的基本内涵和刑事政策.....	96
二、恐怖主义犯罪研究	117
三、中国的毒品犯罪立法	127
四、吸毒行为犯罪化:比较研究与立法借鉴.....	142
五、犯罪国际化态势与国家政策调整	163
六、刑事侦查制度:中国香港考察与内地借鉴.....	213

课题一

诱惑侦查“有限适用理论”及其借鉴^①

当前，诱惑侦查问题给法学理论界、司法实务部门乃至全社会都带来了极大困惑，因此，从理论上廓清有关诱惑侦查的重大理论问题，了解和借鉴诱惑侦查“有限适用理论”，完善中国关于诱惑侦查的法律规定，就具有十分重大的现实意义。

在理论界和实践中，诱惑侦查还有诱导型侦查、侦查陷阱、诱饵侦破、侦查陷阱、警察圈套等称谓。

我们觉得，用“警察圈套”的称谓不够确切，因为这种称谓本身表明其受到的规范和限制有以下几个方面：①对于执行这种侦查行为的主体的限制，即执行这种侦查行为的主体仅仅限于“警察”或者“警察机关”。但是在实践中，执行这种侦查行为的主体还包括具有侦查权的检察人员或者检察机关。因此，用“警察圈套”的称谓，对于这种侦查行为的主体限制不当，没有准确概括这种侦查行为的主体范围。②对于执行这种侦查行为的行为方式的限制，即限于设置一种“圈套”。但是，如何界定“圈套”呢？语言学上的解释是：所谓圈套，就是使人上当受骗的计策，如落入圈套等。^②这种圈套，只能是行为人为积极地、有

① 本文系魏东的研究成果。原题为《论诱惑侦查“有限适用”理论及其借鉴》，载《四川警官高等专科学校学报》，2003年第1期。

② 见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，第937页，商务印书馆，1979年版。

预谋、有计划地实施的，但在行为方式上实际上是没有限制的，既可以是采取暴力威胁方法以逼迫他人就范的“胁迫性方式”，也可以是采取引诱、迷惑方法以引导他人就范的“引导性方式”，还可以是采取有控制地予以放任的方法以误导他人就范的“误导性方式”，等等。这些不同的行为方式同时还涉及行为强度问题，它既可能是十分剧烈的圈套行为，如胁迫性方式的圈套行为；也可以是相对缓和的圈套行为，如引导性方式与误导性方式的圈套行为，对此显然也不确定。可见，“警察圈套”这种称谓并没有真正严格限制这种特殊的侦查行为的行为方式与强度。实际上，即使警察所设置的圈套行为并不至于过分刺激、引诱他人实施犯罪行为，而只是容忍他人实施犯罪行为，也很难说这种警察圈套行为是属于“理智”、“合理”、“合法”的限度内。

③对于执行这种侦查行为的行为目标或者目的的限制。虽然，从相对善良的愿望与合目的性的常理出发，可以知道其目标是“侦查破案”，但是，“警察圈套”的称谓并没有必然排除为实现治安行政管理目标、报复陷害目的等其他合法与非法目标的内容。是否只要是警察所设置的圈套都是“警察圈套”呢？显然不能这样理解，但是“警察圈套”的称谓并没有明确这一点。

我们认为，相对来说，诱惑侦查的称谓要贴切一些。这种称谓至少限制了执行这种侦查行为的主体只能是“侦查机关”，包括依法行使侦查权的警察机关、检察机关及其他执行侦查职务的人员；限制了其行为方式与强度只能是在“诱惑”的范围内；限制了其行为目标只能是“侦查破案”。当然，由于这种行为的法律性质与问题本身的复杂性，诱惑侦查的称谓仍然存有特殊的疑问，因为按照一般的理解，诱惑应该是指主动引诱和迷惑，实质上无异于是一种教唆，如果是这样，那么其合法性就值得怀疑。侦查陷阱、诱饵侦查的称谓也有问题，因为侦查在现实生活中，实际上基本上是作广义的理解，除开警察依法行使侦查权，

检察机关也有法律所赋予的部分侦查权以外，此外在调查一些普通违法行为的场合，生活中也有称之为“侦查”的情形，这样一来，似乎可以在不受限制的领域内合法设置陷阱与诱饵进行侦查，其负面的作用无疑会造成社会的混乱。

因为上述原因，我们认为宜采用诱惑侦查的称谓。但是，出于行文方便以及介绍英美国家情况的需要，我们在后文中仍然使用了“警察圈套”、“诱导型侦查”的概念，在没有特别解释的场合，应当将其作为与“诱惑侦查”等同的概念。

一、主要西方国家的诱惑侦查实践

在总体上，英美等西方国家是将诱惑侦查分为“机会提供型”的诱惑侦查与“犯意诱发型”的诱惑侦查两种。如日本学者认为诱饵侦查有两种类型：一是诱发犯罪意图型，即诱饵者鼓动被诱饵者，诱发其犯罪意图，促使他实施犯罪；二是机会提供型，即诱饵者向已经产生了犯罪意图的被诱饵者提供实行犯罪的机会。^① 因此，所谓“机会提供型诱惑侦查”，是指犯罪嫌疑人本来就有犯罪的意图，侦查机关的诱导只是为其实施犯罪提供了一种机会的情形。所谓“犯意诱发型诱惑侦查”，是指由于侦查机关的诱导，行为人才产生犯罪的意图，并进而实施犯罪的情形。对于前者，各国国内法与欧洲人权法院都持肯定立场；但对于后者，大多持否定立场。这实际上是对诱惑侦查提出了一个基本一致的底线要求，即政府不能为了侦查、追诉的需要，而教唆一个本来无意实施犯罪的人去犯罪。因此，西方主要国家根据欧洲人权法院的要求，都对诱惑侦查所适用的犯罪类型以及有关程

^① 参见[日]西原春夫主编(金光旭、冯军、张凌等译):《日本刑事法的重要问题(第二卷)》，第148页，中国法律出版社、日本国成文堂联合出版，2000年版。

序作了明确规定,但各国的具体规则仍然有较大的差别。^①下面对英美国家、日本、德国、法国、瑞士、葡萄牙等主要西方国家以及欧洲人权法院对诱惑侦查的有关规定及立场作一介绍。^②

(一) 英美国家的警察圈套问题

在英美国家,警察圈套(entrapment)是指警察、司法人员或者他们的代理人为了获得对某人提起刑事诉讼的证据,而诱使其实施某种犯罪的行为。^③在警察圈套的场合,被告人就可以以他的犯罪行为是在警察、司法人员或者他们的代理人诱使下产生的为理由提出免罪辩护,这就是所谓的“警察圈套合法辩护”。

① 孙长永著:《侦查程序与人权》,第39页,中国方正出版社,2000年版。

② 主要参见以下文献:储槐植著:《美国刑法》(第二版),第128~129页,北京大学出版社,1996年版;孙长永著:《侦查程序与人权》,第37~44页,中国方正出版社,2000年版;马跃:《美、日有关诱惑侦查的法律及论争之概观》,载《法学》,1998年第11期;杨建勇、郭海容:《美国刑法中的警察圈套合法辩护》,载《法学杂志》,1999年第2期;[日]小野清一郎:《诱惑侦查和陷阱的理论及诱惑者的理论》,载日本《警察研究》,1954年第25卷第11号;[日]田中政义:《关于诱惑侦查的诸问题》,载日本《法学新报》,1952年第59卷第3号。

③ 此外,属于英美法系的加拿大也存在“警察圈套合法辩护”问题,在内容上基本上没有超出英国和美国的规定。一般认为,加拿大最高法院在判断诱导型侦查的合法性时适用的是客观标准,即必须有客观证据可以据以合理地怀疑被告人曾经参与过某种有联系的犯罪活动,才能认可警察诱导犯罪的适当性。参见储槐植著:《美国刑法》(第二版),第128~129页,北京大学出版社,1996年版;孙长永著:《侦查程序与人权》,第37~44页,中国方正出版社,2000年版。“英美国家的警察圈套问题”这一部分,借鉴或者引用了储槐植教授和孙长永博士大作的部分内容,特此说明,并向储老和孙博士致谢。

1. 警察圈套的成立要件

根据美国最高法院 1932 年索里尔斯出售烈性酒案和 1958 年谢尔曼出售麻醉品案两个判例，警察圈套的成立要件有三个：

①诱使者的身份，必须是警察、其他司法人员或者他们派出的代理人。一般公民不能作为警察圈套的诱使者。

②诱使者的行为，不仅仅是提供了犯罪机会，还必须以积极行为去诱使被告人实施犯罪。这是构成警察圈套的客观条件或者客观标准。

③被告人的心理状态。被告人本来是无辜的，其犯罪念头是因司法人员的引诱而萌发的，并且不是原先就有的。这是构成警察圈套的主观要件或者主观标准。

总的来说，构成警察圈套合法辩护的三个要件应该统一起来考虑。但是，对于警察圈套的第二个要件即客观标准和第三个要件即主观标准，不同的理论有不同的解释。美联邦系统法院和多数州法院采取侧重于主观标准的立场，认为应当区别被告人有无犯罪的倾向性，即区分侦查人员是仅仅提供了犯罪机会还是诱发了犯罪两种不同情况来看：如果被告人在被设计的圈套引诱时就已经存在犯罪心理倾向，则不存在警察圈套合法辩护的根据；如果被告人本来没有犯罪意图，其犯罪意图是警察圈套诱使的结果，就可以进行免罪辩护。判断被告人在实施犯罪行为前是否已经存在犯罪心理倾向的标准，通常是被告人以前有没有类似的犯罪记录。但少数州法院和许多学者主张客观标准说，认为警察圈套合法辩护成立与否主要不取决于被告人的主观心理状态，而是在于圈套设计者的行为是否足以引起一个假定没有犯罪心理倾向的人去实施犯罪。即认为应当以诱导行为本身合法为标准来判断，如果所提供的诱导行为在客观上超出了通常的诱惑范围而诱发了犯罪意图，从而诱导行为与犯罪行为之间存在因果关

系，就应当认定“陷阱抗辩”成立。^① 客观标准说对主观标准说的批评是，用过去的犯罪记录来证明被告人后来存在犯罪心理倾向，无异于承认“天生犯人”或者“犯人无法矫正”这种已经遭到否定的犯罪学理论；同时，犯罪心理倾向常常很难确定，为了“确定”这种倾向，不是求助于被告人过去的犯罪记录，就是给法官留下了过大的自由裁量权。当然，主观说也对客观说提出了反批评，但给人的感觉是明显的反驳无力。

实际上，上述主观标准说与客观标准说都认可一定程度上的引诱的现实合理性，既没有限定可以适用诱惑侦查的案件范围，而且也都没有要求侦查机关在采取诱导型侦查手段前必须有一定的合理怀疑，所不同的只是二者的侧重点有所区别，并且证明责任的分担不一样：主观标准说侧重于被告人在受到引诱时是否已经具有犯意，这需要由被告方先提供证据证明是受到政府“陷阱”的引诱而犯罪，然后才由政府证明被告人本来就有犯意并且犯罪是注定要发生的；客观标准说则侧重于侦查人员的诱导行为，它使“陷阱抗辩”成为一种“积极抗辩”，从而证明责任完全由被告人一方承担。

但是，现在美国和英国在司法实践中都对警察圈套进行了一定的限制。就美国而言，联邦司法部长在给联邦调查局关于化装侦查的“内部指引”中明确要求，只有在下列两种情形之下，才能为实施犯罪提供引诱：一是根据侦查合作者或者其他方法获得的信息认为存在合理的迹象，侦查对象正在、已经或者很可能就要实施类型相似的犯罪活动的；二是基于对于非法活动机会的安排，有理由相信被提供给这种机会的人注定要实施预谋的犯罪活动的。可见，事实上美国对诱导型侦查的采用施加了一定的限

^① 参见孙长永著：《侦查程序与人权》，第42页，中国方正出版社，2000年版。



制，即至少存在某种事实根据、且行为人已经存在犯意的前提下才能进行“警察圈套”行为。就英国而言，英国上诉法院也基本上采取了综合考虑主、客观两方面因素的判断标准，认为关键在于如果没有警察的引诱被告人是否会犯罪，即引诱与犯罪之间是否存在因果关系；如果存在因果关系，法官可以根据《警察与刑事证据法》第 78 条的规定裁量排除有关证据。特别是在欧洲人权法院对“卡斯特罗诉葡萄牙”案件进行判决之后，英国开始对警察诱导型侦查进行了反思，在主流思想上对诱导型侦查的态度逐渐与大陆法系国家趋于一致，即要求根据《欧洲人权公约》所确定的标准实行法治化，以进一步保障嫌疑人的权利。例如：最近，英国民间团体“司法”组织就根据 1998 年通过的《人权法》和欧洲人权法院的判决发表了一份题为“监控之下：秘密警察活动与人权标准”的研究报告，呼吁对秘密侦查手段要通过立法和司法进行严格控制，并且允许遭受警察“陷阱”引诱的嫌疑人根据人权法上的“基本公正”原则提出强有力的辩护。^①

2. 警察圈套合法辩护的理论根据

1932 年美国最高法院多数法官的观点是：落进圈套的被告人之所以没有罪责的理由是：他是刑事法规的不言而喻的例外，即“当然例外理论”。少数法官的观点是：落进圈套的被告人有罪责，但不定罪，因为如果被告人落进了普通公民设计的圈套就可能构成共同犯罪，所以不能由于圈套设计者不同而改变被告人的犯罪心态。但为了阻止司法官员搞这种应受谴责的动作，从而使得落进圈套的被告人免受刑事惩罚是必要的，这应当作为一种政策——这就是所谓“社会政策理论”。尽管美国多数法院采取

^① 参见孙长永著：《侦查程序与人权》，第 42~44 页，中国方正出版社，2000 年版。

当然例外观点，但不少学者认为，社会政策观点在理论上更具有说服力，因为，根据公正审判的理念，警察设圈套是同美国宪法所规定的“正当程序”原则相抵触的，以非法手段取得的证据不能作为诉讼的合法根据。因此，警察圈套作为合法辩护的理由，主要是对司法官员可能滥用侦查权的一种限制；揭露犯罪、同犯罪作斗争，是司法官员的义务，但是他们没有挑起或诱使犯罪的权力。

3. 警察和司法人员的责任

在警察圈套合法辩护的场合，如何确定警察或者司法人员的责任问题，英美国家的做法略有差异。在美国，警察没有刑事责任。在英国，则采取严格限制政策。只有同时具备下列三个条件，警察才不负刑事责任：一是犯罪行为实行者没有造成不可挽回的显著损害；二是警察并没有实际去参与犯罪活动；三是警察圈套的整个行动事先得到了警察局长的同意。否则，警察至少要负“教唆”责任。

(二) 日本对诱惑侦查的立场

日本对诱惑侦查的立场，主要体现在日本《麻醉药品管理法》第58条的规定：“麻醉药品管理官……在侦查有关麻醉药品的犯罪过程中，经厚生大臣许可……可以从任何人那里接受麻醉药品。”学者一般认为，尽管日本的这一规定没有明确说明是否可以使用“陷阱”来诱导他人犯罪，但是这一规定在事实上已经授权侦查机关在侦查毒品犯罪时可以使用诱导方法。日本最高法院则认为，侦查机关使用“陷阱”侦查犯罪，并不阻却犯罪行为构成犯罪构成的该当性、责任性和违法性；既不违反提起公诉的程序，也不足以导致公诉的消灭，因而从实体法和程序法两方面都肯定了诱导型侦查的合法性。因此，就诱导型侦查而言，日本的侦查机关比其他国家侦查机关的权力要大得多；但其前提仍然是：这种诱导型侦查必须是仅仅限于“机会提供型”的，

而非“犯意诱导型”的。^①

日本学者认为，诱惑侦查的典型形式是，侦查人员装扮成吸毒者或者利用其他吸毒者接触贩毒者，经过讨价还价后，在贩毒者将要交货之时，以现行犯的形式拘留贩毒者。因此，日本理论界认为，诱惑侦查这种手法本身并不新颖，只是随着毒品犯罪的增多才再次引起了人们的注意，尤其是以下几个方面的问题值得关注：^②

1. 机会提供型诱惑侦查的合法根据

诱惑侦查的特点，是国家作为诱饵者诱使被诱饵者实施犯罪。因此，首先产生的问题是，这种侦查方法是否得当。因为，一方面国家本来应该防止犯罪，但却又通过诱饵侦查促使他人实施犯罪；另一方面给不知真情的第三者设下了圈套。这种侦查方法的危险是，可能使人们对侦查方法的公正性失去信赖，可能侵害国民的隐私权和人格权（即：日本宪法第13条所规定的、不受公共权力干涉的人格自立权）。侦查必须符合正当的程序，同时也要求协调侦查的必要性和保障人权之间的适度关系。因此，日本刑事诉讼法明确规定了“任意侦查原则”，即没有特殊必要采用强制侦查方法时，就应当使用任意侦查的方法；法律同时又规定了“强制处分法定主义”，即强制处分必须有明确的法律规定，原则上，进行强制处分必须有法官在事前签发的票证，实行“票证主义”。因此，一种侦查方法是属于任意侦查还是属于强制侦查，取决于法律的规定。对于如何区分任意侦查与强制侦查

① 参见孙长永著：《侦查程序与人权》，第44页，中国方正出版社，2000年版。

② 见〔日〕加藤克佳：《毒品犯罪的侦查》，载〔日〕西原春夫主编（金光旭等译）：《日本刑事法的重要问题》（第二卷），第147～151页，中国法律出版社、日本国成文堂联合出版，2000年版。

的问题，现在的通说和判例都认为，两者的区别并不在于是否使用了有形的物理力，而在于是否违反受处分一方的意思而侵害其重要的权利和利益。那么，诱惑侦查是否超过了任意侦查的界限？对此，一般认为，诱发犯意型超过了任意侦查的“必要限度”；并且，在基本的意义上，诱发犯意型是危害个人的人格权利的，是属于强制处分，而且在法律上没有规定，因此是不允许使用的。《麻醉药品管理法》第58条和《鸦片法》第45条规定，经过厚生大臣许可，侦查人员可以从任何人那里查收上述法律规定的违禁品（但冰毒取缔法没有这种规定），这一规定也至少说明，法律不允许诱发犯意型的诱惑侦查。对此，人们期待在立法上明确规定提供机会型这种诱惑侦查的侦查对象、允许的条件等程序。最高法院有关诱惑侦查的判例认为“在他人的诱饵下产生犯意或者在他人的诱饵下强化了犯意的人实施犯罪的情况下”，“不能以诱饵者不是个人而是侦查机关这一事实，阻却该犯罪实行者的犯罪构成要件该当性和责任，也不能违反提起公诉程序的规定放弃公诉权”——因此，这个判例全面承认了诱惑侦查，但它仅限于提供机会型的诱惑侦查，而不是犯意诱发型的诱惑侦查的先例。

20世纪70年代后期有关排除违法收集证据原则和公诉权滥用论的判例，由于特别强调正当程序，因而认为诱惑侦查是违法的。如：日本最高法院对一起携带冰毒案件的判决，虽然没有提及诱惑侦查是否合法的问题，但是，该判决所附加的两名法官的反对意见却十分引人注目。“反对意见”认为：侦查协助人员根据警察的要求让被告人订购和携带冰毒，这显然是诱惑侦查，而且该案件并不存在使用诱惑侦查的必要性，因此是违法的。

2. 使用诱惑侦查的必要条件

由于在实际执行时对诱发犯意型与机会提供型两种诱惑侦查很难区分，因此有必要探讨具体的认定方法。日本学说认为，可

以使用诱惑侦查的要件应当包括两个方面：一是使用这种侦查方法的必要性；二是没有其他有效的侦查方法可以替代。因此，日本诱惑侦查的对象仅仅限于严重的犯罪，而且是侦查上有困难的、受政治左右的可能性很小的犯罪，如极少数毒品犯罪等。

3. 日本对违法的诱惑侦查的法律后果之立场

对此主要有以下五种观点：①诱惑侦查获得的证据适用排除违法收集证据规则，即否定通过违法程序所收集的证据的证据能力。②驳回公诉说。③免诉说。④对于诱发犯意型适用驳回公诉说，而对于提供机会型适用排除违法收集证据原则。⑤无罪说。在日本，多数人支持第二种观点，主张应当以违反正当程序为理由驳回公诉；但是，第三种观点“免诉说”也是有力的学说，这种观点主张终结诉讼程序，即违反程序的程序达到了国家行使刑罚权所不允许的程度时，应当以一事不再理中的免诉来终结程序。

（三）德国对诱惑侦查的立场

德国《刑事诉讼法》对诱惑侦查有明确规定，该法第110条A至E对派遣秘密侦查员进行诱惑侦查的实质条件和程序要求所作的规定如下：①

1. 实质条件问题

派遣秘密侦查员的实质条件有三个：第一，必须有“足够的事实依据”表明存在重大犯罪行为。第二，只限于毒品、武器交易、伪造货币或有关国家安全的犯罪，或者是职业性的、持续性的犯罪，或者是有组织地实施的重大犯罪。秘密侦查员所获得的个人情况信息，也只能在这些特定的案件中用作证据。第三，只限于采用其他方式将使得侦查成效渺茫或者

① 参见孙长永著：《侦查程序与人权》，第39～40页，中国方正出版社，2000年版。