

诱惑侦查论

Research on Encouragement

金星 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

诱惑侦查，是刑事侦查中一种独特的秘密侦查手段，在目前的司法实践中，尤其是某些特殊案件中应用频繁。作者在本书中，以刑事一体化为视角，以平衡社会保护与人权保障、控制犯罪与程序正义为理念，从刑事法学、刑事证据学、刑事侦查学、法理学等多层次和多方位对诱惑侦查进行了系统深入地考察。其间，通过反思诱惑侦查的正当性问题，引发出命令行为与职务行为的深入探究，主张以行为人实施犯罪行为前的主观意志为标准，将诱惑侦查分为引发和诱导两种类型，进而将该两种类型细化为多种表现形式。作者同时提出，诱导型诱惑侦查应类似于英美国家刑法中的侦查陷阱，并从刑法学角度对于受诱行为和设陷行为的违法性及其相应责任进行剖析。在上述基础上，作者最后对我国诱惑侦查的规制提出了有价值的构想。

——编者

对于诱惑侦查，国外法学界已有研究，但在我国的刑事法律理论中，却仍属于前沿领域的研讨课题，其中尚存在颇多争议。本书的完成，既是基于中国司法实践的需要，同时也是作者多年研究诱惑侦查理论的必然。

本书可以说是国内有关诱惑侦查的第一部学术专著，具有鲜明的中国立法和司法针对性，为我国司法实践提供了有益的借鉴。

——何鹏

本书对各种诱惑侦查的概念与特征，尤其是合法性根据，都作了深入探讨，对于建立具有中国特色的诱惑侦查制度具有重要的参考价值。

本书是我国对诱惑侦查问题研究得最为系统也最为深入的一本学术专著，具有较高的学术价值与实践意义。

——陈兴良

Research on Encouragement

ISBN 978-7-5036-9446-2



9 787503 694462 >

独角兽工作室

上架建议 法学学术·刑事法学·刑事证据学·刑事侦查学·法理学

定价：25.00 元

Research on Encouragement

诱惑侦查论

●金星 著

图书在版编目(CIP)数据

诱惑侦查论 / 金星著. —北京:法律出版社,2009.7
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9446 - 2

I. 诱… II. 金… III. 刑事侦察—研究 IV. D918

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 050767 号

©法律出版社·中国

责任编辑/孙东育

装帧设计/贾丹丹

出版/法律出版社

编辑统筹/独立项目策划部

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/莱芜市圣龙印务有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/8.25 字数/187 千

版本/2009 年 7 月第 1 版

印次/2009 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9446 - 2

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 一

金星是我的博士研究生，本书是在他的博士毕业的学位论文《论诱惑侦查》的基础上历经四载厚积薄发而就，作为他的博士生导师，我非常欣慰。

关于诱惑侦查，本是金星博士在读博期间的一次课题讨论，基于其长期工作在公检法一线司法实践的工作经验而给予了极大的关注，并提出以此作为他的学位论文的题目。起初，我并不是十分同意他的想法。原因在于，诱惑侦查作为一种侦查措施虽然已为一些西方国家的立法所认可，但在实践中却又极具争议性。对此，国外法学界已有研究，但在我国的犯罪侦查理论研究上却仍是一个颇多争议的前沿领域。近年来，虽有一些相关的学术论文发表在报纸杂志上，但相对于在实践中的广泛运用来说仍是杯水车薪。而立法的缺失更是让诱惑侦查在实践中处于非常尴尬的境地，在强调人权保障的刑法学界的今天此问题则更

为凸显。但不容否认的是,现代犯罪日趋复杂化、智能化、隐蔽化,诱惑侦查极具功利性,其在某些特殊类型案件的侦破中往往发挥着重要作用,从而达到了维护社会整体安全的目的。作为博士毕业学位论文的题目,此题目专业性极强,贯通了两大法系,且交叉了刑法、刑事诉讼法、犯罪学和刑事侦查学等知识领域,因此难度颇大。但是最终,金星博士完成了这篇博士学位并顺利地通过了论文答辩,其中艰辛可知。

该书充分吸收了国内外刑法学界的相关研究成果以及博士论文答辩中专家提出的合理建议,比较研究了两大法系有关诱惑侦查的历史沿革,以刑事法为视野分析讨论了诱惑侦查的概念、特征、类型及其价值问题,先将设诱行为分为职责型设诱行为和命令型设诱行为进行重点探讨,并基于以上的理论体系的设定分别分析了设诱者和受诱者的刑事责任,然后通过对两大法系中代表性国家的相关法律规制的考察,再结合我国的实际提出了构建我国的诱惑侦查法律体系的建议,使诱惑侦查在保障人权的基本框架内更好地发挥作用。

纵观全书,其具有如下特点:

1. 架构明晰,论证充分

本书以行为和责任支起全文的架构,阐述了诱惑侦查的概念、特征和类型,并对其正当性和非正当性价值所蕴涵的正面价值和负面价值进行了分析。同时,将设诱行为分为职责型设诱行为和命令型设诱行为进行深入的探讨和研究,以及分别从设诱者和受诱者角度分析由此产生的责任,厘清了概念,突出了诱惑侦查的本质。

2. 资料翔实,观点新颖

金星博士在写作期间曾多次赴全国各地进行调研,本书的完成既是基于中国司法实践的需要,同时又是对大量欧美有关诱惑

侦查法律研究的必然。同时需要指出的是,金星博士关于设诱行为的职责型和命令型的分类及分析属理论上的创新,国内尚无学者依此角度分析诱惑侦查行为,尤其是关于命令型设诱的主体、行为和认知的分析具有一定的深度和可借鉴性。

3. 易于指导司法实践

由于我国对于诱惑侦查并无明确的立法,而学界对此亦处于探讨争鸣阶段,该书的出版可以说是国内关于诱惑侦查的第一部学术专著,且该书具有鲜明的中国立法司法针对性,无疑为我国的司法实践提供了有益的借鉴。

当然,本文所提出的某些观点和结论还存在颇多争议,有些问题还有待于进一步深入探讨,学术争鸣不失为益。综合而言,该书不失为一本兼具研究价值和实践意义的学术专著。望金星博士在今后的工作中继续深入研究和加以完善,是为序。

何 鹏

2008年4月20日谨识于长春

序 二

诱惑侦查是刑法理论中小之又小的问题，一般刑法教科书均未涉及，我在 1988 年的博士论文《共同犯罪论》中也只是简略地讨论而已。现在，金星博士却以《诱惑侦查论》为题，写出了 15 万字的博士论文，这是令人欣慰的，也从一个侧面反映了这 20 年来，我国刑法理论取得了长足进步。

诱惑侦查在英美法系和大陆法系有不同的制度和理论。英美法系刑法一般称为“警察圈套”，作为一种排除犯罪的事由，在合法辩护中讨论；大陆法系刑法一般称为“诱惑侦查”，但也称为“陷阱理论”，在教唆犯中讨论。总之，诱惑侦查本身仍然是一个存在聚讼的概念。在本书中，金星博士通过对英美法系和大陆法系刑法关于诱惑侦查制度沿革的历史考察，对诱惑侦查的概念作了较为科学的界定。金星博士认为，诱惑侦查可分为广义和狭义两种解释：广义的诱惑侦查是指在刑事侦查中所

有带有诱惑含义或形式的侦查手段;而狭义的诱惑侦查是指以诱饵为引诱手段使受诱人自愿接受引诱的侦查行为。本书所研究的是狭义上的诱惑侦查,这一诱惑侦查的概念为本书理论研究提供了逻辑前提,具有十分重要的意义。

对于诱惑侦查的研究,可以从诱惑者与被诱惑者这两个方面展开,本书的基本内容也是以此为框架的,可谓找到了问题的实质。

就诱惑者而言,诱惑侦查主要是一种侦查行为与侦查制度。对于在犯罪侦查活动中能否采用诱惑侦查的手段,在刑事法上一直是存在争议的。这主要是因为诱惑侦查行为具有利弊兼具的特征:一方面,诱惑侦查具有侦破犯罪案件尤其是侦破集团犯罪案件的有效性,对于打击犯罪具有积极意义;另一方面,诱惑侦查手段如果不加限制而被滥用,就会对公民权利造成严重侵害,甚至陷人以罪,其恶无穷。由此可见,诱惑侦查是一把“双刃剑”:用之恰当,则有利于打击犯罪;用之不当,则有侵犯人权之虞。对于诱惑侦查必须加以控制,使之法治化,这是建立诱惑侦查制度的必要性与正当性。应该说,我国尚没有形成诱惑侦查的正式法律制度,只是将其作为一种侦查手段在破案活动中使用。本书对各种诱惑侦查的概念与特征,尤其是合法性根据,都作了深入探讨,对于建立具有中国特色的诱惑侦查制度具有重要的参考价值。

就被诱惑者而言,主要存在一个被诱感情节对其定罪量刑的影响问题。因为被诱惑者是在他人的诱惑下实施犯罪的,那么,被诱惑者是否对其在他人诱惑下的犯罪行为承担刑事责任以及承担何种程度的刑事责任呢?这些问题都是值得研究的。我国有关司法解释对毒品案件中特情引诱犯罪问题作了专门规定,这一规定指出:

运用特情侦破案件是有效打击毒品犯罪的手段。在审判实践中应当注意的是,有时存在被使用的特情未严格遵守有关规定,在介入侦破案件中有对他人进行实施毒品犯罪的犯意引诱和数量引诱的情况。“犯意引诱”是指行为人本没有实施毒品犯罪的主观意图,而是在特情诱惑和促成下形成犯意,进而实施毒品犯罪。对具有这种情况的被告人,应当从轻处罚,无论毒品犯罪数量多大,都不应该判处死刑立即执行。“数量引诱”是指行为人本来只是实施数量较小的毒品犯罪的故意,在特情引诱下实施了数量较大甚至达到可判处死刑数量的毒品犯罪。对具有此种情况的被告人,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。

上述司法解释把被引诱而发生的犯罪分为犯意引诱与数量引诱,并对在这两种不同引诱下被诱惑人的刑事责任作出了区分对待的规定,我以为是十分正确的。该司法解释虽然是对毒品犯罪的特别规定,但其基本精神可推广适用于其他被诱惑实施犯罪的刑事责任规定的场合。本书认为,应当尽快完善刑事诉讼法(或者在证据立法中规定),对诱惑侦查进行规定,在近期内不能实现立法的情况下,建议以条例形式设立适用原则,使司法实践中的诱惑侦查有章可循,改变目前的无序状态。我以为,这一建议是可行的。总之,只有从法律上规范诱导侦查,才能获其利而防其弊。

金星博士长期在检察机关从事司法实务工作,具有较为丰富的司法实践经验;同时,金星博士兼职攻读博士学位,对诱惑侦查这一课题孜孜以求地深入钻研,终于完成了这一博士论文,并即将出版面世,这是可喜可贺的。金星博士曾经与我讨论过诱惑侦查作为博士论文的选题可行性,我予以了鼓励。现在,金星博士

的博士论文已经完成,我通读以后感到这是我国对诱惑侦查问题研究最为系统也最为深入的一本学术专著,达到了预期的写作目的,具有较高的学术价值与实践意义。

金星博士在本书出版之际求序于我,我慨然应允,写下以上读后感,以之为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2008年8月30日

目 录

引言/1

第一章 诱惑侦查沿革论/5

第一节 英美法系国家诱惑侦查理论 之形成/5

一、英国陷阱抗辩之源起/6

二、美国“陷阱理论”之确立/8

第二节 大陆法系国家诱惑侦查理论 之概览/18

一、欧洲国家诱惑侦查理论之鸟瞰/18

二、亚洲国家日本诱惑侦查理论之考察/21

第二章 诱惑侦查本论/25

第一节 诱惑侦查的概念/25

一、语义之考察/25

二、概念之界定/30

三、成立之要素/36

第二节 诱惑侦查的特征/38

一、手段的诱惑性/39

二、认知的差异性/40

三、实施的限制性/41

四、效力不确定性/42

第三节 诱惑侦查的类型/42

一、分类标准之我见/42

二、引发型诱惑侦查/44

三、诱导型诱惑侦查——侦查陷阱/46

第三章 诱惑侦查价值论/52

第一节 诱惑侦查价值之蕴意/52

一、诱惑侦查价值之内涵/52

二、诱惑侦查价值之标准/54

第二节 正当性诱惑侦查之正面价值/55

一、内在的正面价值/56

二、外在的正面价值/58

第三节 非正当性诱惑侦查之负面作用/61

一、内在的负面作用/61

二、外在的负面作用/65

第四节 诱惑侦查之取舍/70

一、存废之论争/70

二、本书之介评/78

三、评判之标准/81

第四章 设诱行为论(一):职责型设诱行为/85

第一节 理论前提一:正当行为之概述/85

一、称之为确认/86

二、类型之划分/90

三、本书之管见/93

第二节 理论前提二：职务行为之界定/96

一、职务行为之内涵/96

二、职务行为之归类/99

三、职务行为之分类/101

第三节 设诱行为及其内涵/103

一、设诱行为之概念/103

二、设诱行为之类划/104

第四节 设诱行为之正当性/105

一、正当性设诱行为/105

二、非正当性设诱行为/108

第五节 设诱行为之过限/109

一、观点之综述/110

二、学说之评判/113

三、设诱之过限/115

第五章 设诱行为论(二)：命令型设诱行为/117

第一节 理论前提：命令行为之正当性/117

一、依命令行为之释义/117

二、命令正当化之各议/118

三、正当性命令之标准/121

第二节 命令型设诱之界定/125

一、命令型设诱之特征/125

二、两种设诱之区分/126

三、命令型设诱行为之类型/127

四、命令型设诱之正当/129

第三节 命令型设诱要素(一)：命令型设诱之主体/131

一、设诱命令者/131

二、设诱命令中介者/132

三、设诱命令执行者/132

四、关于受委派者/133

第四节 命令型设诱要素(二):命令型设诱之行为/134

一、行为之分类/134

二、行为之程序/136

三、行为之内容/138

第五节 命令型设诱要素(三):命令型设诱之“认知”/139

一、关于“认知”的争论/139

二、对违法性命令的“认知”/143

三、设诱命令“认知”之符合/147

第六章 设陷者责任论/149

第一节 设陷责任概说/149

一、设陷责任界定/149

二、设陷责任主体/150

三、设陷责任分类/151

第二节 设陷责任之聚讼/152

一、国外之主张/152

二、国内之观点/153

三、本书之拙见/154

第三节 设陷责任之承担/156

一、一般违法性责任/156

二、刑事性违法责任/157

三、落陷缘由与设陷罪责/158

四、设陷犯罪与相关各罪/160

五、设陷犯罪特殊问题探析/162

第四节 设陷教唆罪责论/167

一、设陷教唆之概念/168

二、设陷教唆之特征/169

三、设陷教唆之构成/171

四、设陷教唆之类型/172

五、设陷教唆之形态/178

第七章 受诱者责任论/182

第一节 受诱责任概说/182

一、受诱之概念/182

二、受诱之主体/183

三、受诱之类型/184

四、受诱之阶段/186

五、受诱之责任/187

第二节 受诱责任之纷争/188

一、国外主张之鸟瞰/188

二、国内观点之聚焦/190

三、诸家说法之简析/191

第三节 受诱者之罪责/193

一、受诱者罪责之涵义/193

二、受诱者罪责之分类/194

三、受诱者行为之犯罪性/194

第四节 受诱者罪责的其他问题/196

一、受诱者之认识错误/196

二、受诱之不能犯形态/198

三、间接受诱者之罪责/199

第八章 诱惑侦查规制论/201

第一节 国外诱惑侦查法律规制/201

一、英美法系国家的法律规制/202

二、大陆法系国家的法律规制/207

三、国外诱惑侦查法律规制小议/210

第二节 我国诱惑侦查规制现状/211

一、我国诱惑侦查的适用现状/211

二、我国诱惑侦查规制现状/213

第三节 诱惑侦查之适用原则/216

一、要素合法原则/216

二、必要限度原则/218

三、消极设诱原则/221

四、司法审查原则/221

五、过错追究原则/222

参考文献/224

后记/243