

诱惑侦查适用新探

许文山¹, 翁佳黎²

(1. 福建省莆田市公安局, 福建 莆田 351100)

2. 厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

摘要: 诱惑侦查作为一种特殊的侦查手段, 在刑事司法中已被广泛采用。应该把诱惑侦查界定在机会型诱惑侦查的范围内, 明确适用主体、范围、条件、程序、模式等。

关键词: 诱惑侦查; 合理性; 类型; 概念; 适用

中图分类号: DF71 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008—6048(2005)06—0048—04

A New Inquiry into the Implication of Criminal Investigation with Inducing Means

1. XU Wen-shan, 2. WENG Jia-li

(1. Putian Public Security Bureau Putian 351100 China

2. Law School of Xiamen University Xiamen 361005 China)

Abstract: As a typical means inducing criminal investigation has been widely adopted in criminal law-enforcement. We should define it inside the opportunity pattern of criminal investigation and make clear about its in-
plying object scope conditions procedure and patterns

Key words: inducing criminal investigation; reasonability; type; definition; application

随着社会的发展, 犯罪的逐步升级及日益复杂化成为一个不容忽视和回避的现实, 形形色色的新型犯罪, 诸如走私、贩毒、伪造货币、组织卖淫、组织偷渡及网络犯罪等等, 因其具有高度的隐蔽性和犯罪分子具备高超的反侦查能力, 对传统的侦查方式产生了巨大的挑战。为了应付这一挑战, 各种新的、特殊的侦查手段也就应运而生, 诱惑侦查已被实践证明是其中的佼佼者。但由于其本身所固有的缺陷和我国现行法律尚未明确规定, 目前国内法学界对其仍有激烈争论。本文试图从理论与实践相结合, 历史与现实相接的角度, 对其作一初步探讨。

一、诱惑侦查的合理性论争

关于诱惑侦查是否合理, 我国学者仍存在较大争议。持否定观点的学者其否定的理由主要有:

1. 诱惑侦查, 不管是机会提供型, 还是犯意诱发

型, 在本质上都是一种利用人性的弱点、具有欺骗性的侦查手段。国家侦查权的运用应当担负国家的道德责任, 国家应当采用光明正大的手段控制和打击犯罪, 诱惑侦查是国家控制下的欺骗, 是一种“肮脏的手段”, 有损国家司法权的纯洁性以及人民赖以信任的司法权威。^[1]

2. 诱惑侦查, 由于主动权掌握在公安机关手中, 它可以决定案件的发展方向 and 程度, 可以决定行为人犯罪情节的轻重。这就使这种侦查手段从根本上违反了这样一个法理: 侦查机关只应对已然犯罪进行侦查, 而不能制造犯罪、诱人犯罪; 其根本任务是制止犯罪, 而不是坐视犯罪发生后再惩罚犯罪人。^[2]

3. 诱惑侦查使“浪子回头的心愿可能被扼杀在摇篮之中”, 其结果是: 行为人被从犯罪预备硬推到

收稿日期: 2005—08—18 修回日期: 2005—10—25

作者简介: 许文山, 男, 福建省莆田市公安局副局长, 莆田市警察学会会长, 福建省警察学会特邀研究员, 主要研究警察理论与实务、刑事法学等。翁佳黎, 女, 厦门大学法学院学生。

犯罪着手,从犯罪着手硬推到犯罪未遂或既遂,预备中的中止与实行中的中止在被诱惑者的视野中消失了。”^[3]

4. 诱惑侦查一味迷恋惩罚犯罪,是一项“收效甚微乃至负值的司法资源耗费活动。”诱惑侦查因获得证据的途径不当性常常会导致被告人无罪释放,无功而返与艰辛的付出难以匹配。“那些本来能够而且应该用来降低国家高犯罪率的资源,却用在几乎没有任何社会效果的先诱导犯罪接着进行惩罚的活动中。”^[4]

5. 诱惑侦查危及的不仅是人权,还会对警察在公众心中的形象造成致命伤。^[5]

持肯定观点的学者将诱惑侦查区分为提供机会型和犯意诱发型,并认为前者的合理性应该肯定。从实体法角度看,因提供机会型诱惑侦查而落网的犯罪分子,一般都有过先前的独立犯罪行为,即使单看被诱惑之犯罪,其主动权也是掌握在犯罪人手里,他可以以其自由意志决定是否实施犯罪行为和以什么样的方式实施犯罪行为,诱惑者的参与在整个案件中不起主导作用,而仅是提供被诱惑者可资利用的机会。从程序法角度看,提供机会型诱惑侦查大多是寻找和确定犯罪嫌疑人的过程,基本上都是以已经掌握的犯罪线索和设定的犯罪嫌疑目标为着手侦查的必备条件,即先有案件的发生,然后通过立案启动侦查程序,所以侦查活动的进行仍遵循刑事诉讼法的规定。^[6]

笔者认为,持否定观点的学者多是采用广义的诱惑侦查的概念,在指出犯意诱发型诱惑侦查不合理的同时,却并未否定机会提供型诱惑侦查的合理性。机会提供型诱惑侦查被广泛应用于我国刑事案件侦破有其合理性。

首先,诱惑侦查有其存在的现实基础。目前,摆在我们面前的客观事实是,刑事犯罪发生了巨大的变化,从总体上说犯罪数量上升,而且随着经济的发展和科技的进步,犯罪行为日趋多样化、隐蔽化、组织化和智能化,特别是没有明显被害人的犯罪增多。“由于这些犯罪欠缺被害人,而且直接牵涉几乎所有与犯罪有关人员的利益,使他们极力庇护犯罪行为,所以犯罪的实施变得更为隐蔽,这样,与那些有被害人控告揭发的犯罪案件相比,不论是犯罪行为的发现,还是证据的收集都十分困难。”^[7]一般的侦查方法在控制犯罪的力度上显得力不从心,侦查机关不得不针对犯罪形式发展的趋势调整侦查策略,寻求新的侦查方式。诱惑侦查作为一种打破传统的

侦查手段,具有以往一般侦查方式所不具备的优点——因诱惑的因素而使犯罪人放松对侦查的警惕,使得侦查人员能深入并控制犯罪活动的进程或者使犯罪分子自动暴露目标,对于案件的侦破能发挥关键的作用。^[8]即使是那些有明确受害人的案件,只要是在发案时间、地点上有较强规律性的系列型犯罪案件,也可使用诱惑侦查手段。如侦查强奸型系列杀人案可用女警察作为“诱饵”。由于诱惑侦查采取主动出击的方式,所以不受犯罪线索的限制,在侦查实践中也频频奏效。

其次,诚信原则的相对性是诱惑侦查得以适用的前提。任何原则的适用都是具有弹性的。诚信原则在刑事司法领域尤其是在侦查阶段,就面临着例外的选择。在对方激烈的反调查、反追究的情况下,刑事司法机关不能不采用一些“以子之矛攻子之盾”和“以其人之道还治其人之身”的侦查手段,包括带有欺骗性要素的侦讯谋略。

再次,在预防犯罪方面,诱惑侦查则是一种主动的积极防卫。在侦查过程中,当有充分的理由说明侦控对象正在预谋犯罪、预备犯罪或正在实施犯罪,但罪行尚未完成时,通过及时揭露侦控对象的犯罪预谋,制止其正在预备或实行中的犯罪,以及采取措施控制侦查对象的人身以避免其可能实施的犯罪,既实现了防卫社会的整体目标,客观上又减轻了犯罪人的预期罪责,使其避免了多余的刑罚,在不损害社会整体利益的前提下保障了犯罪人的个人利益。显然,它也更符合社会整体利益的内在要求。

最后,诱惑侦查的适用是价值选择的结果。在诱惑侦查适用的过程中,存在两对价值或利益的冲突。一是打击犯罪和保护人权;一是维护个人利益和维护社会利益。我们不应该片面地强调一方面的价值或利益,而完全忽视另一方面的价值或利益。基于某些犯罪行为特殊的社会危害性,我们在诱惑侦查带来的功能利弊之间相权衡而作出了提供机会型诱惑侦查合理存在的价值和政策选择。

二、诱惑侦查的界定

笔者认为,目前司法实践中大量存在的诱惑侦查,法虽无明文规定,但正当的诱惑侦查的合法性却可从众多法律文件中找到佐证。如公安部在1984年制定的《刑事特情工作细则》对特情的使用等方面问题作了原则性的规定:一是特情提供的材料不能直接作为刑事诉讼的证据使用,必须使用时,要转化为符合刑事诉讼法要求、可在法庭审理中公开使用的证据,必须出庭作证时,须经负责人批准,征得

本人同意,并以检举人或者坦白自首的同案人的身份出庭。该《细则》比较明确地暗示在必要时可以使用特情人员破案。运用诱惑侦查有时离不开特情的使用,因此可以看出《细则》暗含许可诱惑侦查的意思。我国刑事诉讼法对禁止以欺骗方法收集证据的规定,应当只适用于违法的欺骗,即超过法律和道德界限,可能导致证据虚假的欺骗性取证方法,才属于禁止使用的范围。而未超过合理限度、且为侦查所需要并作为侦查策略使用的、含有诱骗因素的侦查,其合法性被司法实践和法理所认可。我国著名学者龙宗智指出:“国家只能打击和抑制犯罪,而不能制造犯罪,这是国家行为的基本界限,也是任何公民行为的基本界限。”由此可见,诱惑侦查的合法性,在于它不是故意诱导他人犯罪,而是侦查人员有心设置犯罪情境,且用于印证被诱人具有犯罪意图或实施了犯罪。可以说,这也是现代各国对诱惑侦查的一个底线要求。

应当指出,在理论上,判定诱惑侦查的合法与否并不困难。但在实践中,究竟如何设置机会提供型和犯意诱发型这两种诱惑侦查之间的界限进而确定诱惑侦查的合法性却绝非易事。对此,在英美法系国家的理论和实践中主要有两种标准。一是主观标准,另一个是客观标准。目前,美国加利福尼亚等13个州采用客观标准,多数学者及《模范刑法典》也支持客观标准,但联邦司法系统和多数州采用主观标准。加拿大最高法院在判决诱惑侦查的合法性时使用的是客观标准。英国上诉法院似乎采取了综合考虑主、客观两方面因素的判断标准,认为关键在于弄清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,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。如果被告人犯罪确因主观因素引起,而外界诱惑只起催化作用,则不应予以排除。我国法律目前对诱惑侦查尚未明确规定,借鉴西方国家的立法和理论,笔者认为可以采用以主观标准为主,客观标准为辅的模式,对诱惑侦查进行严格的限制。

笔者认为,我们应该把诱惑侦查界定为:负有侦查职责的人员(包括警察和检察官)依照法定程序,由自己或者由其合法指定的其他协助人员,在发现犯罪嫌疑人具有实施某种犯罪的意图或者实施过某种一时尚难于被识破的犯罪时,为了获取证据或者抓获该犯罪嫌疑人,合情、合理地向其提供实施犯罪的客观外部条件,使犯罪嫌疑人在内驱力的驱动下,并在侦查人员的视线内实施类似的犯罪行为,进而

适时将其拘捕归案的一种侦查手段。其实,对于诱惑侦查这一术语,笔者更倾向于采用“诱惑印证”或“诱惑取证”等较为严谨的称谓,但是由于“诱惑侦查”这一术语使用由来已久,且已约定俗成,本文乃继续予以沿用。

从国内外刑事侦查实践看,诱惑侦查手段被滥用的例子并不少见,特别是侦查机关受社会治安的压力和有关领导意图及《刑事诉讼法》对办案时效的严格限制之影响,导致侦查机关为及时完成任务和提高破案率而不顾侦查活动本身的合法性,甚至误导了侦查活动的基本方向。目前各国对诱惑侦查都通过法律来规制,将其严格限定在一定的范围内。

借鉴美国和其他国家的理论研究和司法实践,结合我国刑事侦查工作实际,应该坚决排斥具有明显违法倾向的犯意诱发型诱惑侦查,但对机会提供型诱惑侦查,应通过立法的途径为其提供真正的法律依据,以及通过有效的法律规制,使其充分发挥打击犯罪、维护稳定和保护人民利益的最大效力。

三、诱惑侦查的适用

诱惑侦查作为一种侦查手段,必须遵循谨慎必要、程序法定、使用适度、责任追究的原则。具体应按如下要求适用之。

1. 适用主体。侦查是特定主体依法进行的专门调查工作和采取的强制性措施。诱惑侦查作为一种侦查手段,其主体也只能是侦查人员。当然,侦查人员在组织诱惑侦查时可以根据需要让其他人担任某种角色,但是诱惑侦查必须由侦查人员主持进行,其他人员不得自己进行诱惑侦查。笔者在前文中提到的诱惑取证等词语的使用只是强调了诱惑侦查的本质,并没有否定诱惑侦查主体的特殊性。

2. 适用条件。即侦查方在客观上必须要有“足够的事实依据”表明被诱惑者曾有过诱惑侦查欲印证之犯罪行为。侦查机关的基本职能之一是打击和预防犯罪,但是追诉机关不能出于所谓预防性的理由,对存在潜在犯罪可能的公民进行打击,决不能在没有任何掌握任何可靠信息的情况下,对仅仅是可能的犯罪嫌疑人采用诱惑侦查这一措施,否则就不是通过诱惑侦查破获案件,而变成对普通公民的守法意识的考验了。这将会使很多只有犯罪倾向甚至连犯罪倾向也没有的人走上犯罪道路,这对公民个人而言是不公平的。法律只能要求公民不犯罪,而不能要求公民在面临侦查机关有意作出的诱惑时仍不犯罪。这就如同“柳下惠坐怀不乱”只有典型意义,而没有普遍意义一样。

那么,具备何种情形才可以表明某人具有应当采取诱惑侦查的条件呢?这里既不能以逮捕、起诉、判罪的证明标准来要求侦查机关,也不能纯粹以道听途说的消息作为诱惑侦查的依据。一般而言,特情人员提供的情报、线索,举报人诉说的符合一般犯罪规律的亲身经历、反映的有可信度的目击事实,以及提供的可信的间接证据,可以作为侦查机关对某对象实施诱惑侦查的根据。

3. 适用范围。诱惑侦查适用的案件范围基于两大法系的法律传统和诉讼构造的差异而有所区别。在英美法系国家,基于其判例法的传统和执法人员充分的自由裁量权,对于诱惑侦查的限制主要集中在诱惑侦查的程序方面,对于诱惑侦查适用案件的范围则很少加以限制。大陆法系国家在其严格的法定主义的限制下,对于诱惑侦查的范围大多给予具体规定。例如,德国《刑事诉讼法典》对诱惑侦查的适用范围就有明确规定。

借鉴各国立法的经验,结合我国的具体国情,从理论上讲诱惑侦查主要适用于三类案件:一是无明显被害人的犯罪;二是在发案时间和地点上有一定规律的系列案件,如抢劫、盗窃、性犯罪等;三是有组织犯罪。

4. 适用程序。为了确保诱惑侦查不被滥用,除了在立法上明确上述适用条件、适用范围之外,还必须建立完善的程序机制,包括审批、过程控制和事后监督等。其中审批程序作为诱惑侦查的启动程序,尤为重要。

在我国目前的司法环境中,笔者认为检察机关作为诱惑侦查的审批机关是比较合理的。首先,《宪法》、《人民检察院组织法》明确规定检察机关是我国专门的法律监督机关,对侦查机关的工作进行监督是其法定职责。其次,检察机关相对侦查机关而言是独立、中立的,更有利于对诱惑侦查活动进行全面客观的审视,确保公正合理。最后,检察机关作为公诉机关,更为熟悉证据的审查要求,有利于对诱惑侦查中证据的收集进行指导。同时,必须指出,公安机关处于刑事侦查第一线,面临的业务范围广,难度大,对其所侦办的案件感性认识也比较丰富。因此,检察机关在审批诱惑侦查时,应当充分考虑公安机关提出的侦查意见,在法律、政策允许的范围内尽量为侦查人员“松绑”。检察机关自身确定的诱惑侦查,则应由其自行严格把关,但最终要接受法院的司法审查。

5. 适用模式。应当指出,在诱惑侦查中,诱惑者即侦查机关和侦查人员作为“导演”,往往是处于主动地位的,而被诱惑者即犯罪嫌疑人作为“演员”,则往往是自觉或不自觉地按“导演”的编排“演戏”,对其在这一特定情形中的犯罪行为如何界定,通常的证据规则如何运用,就是一个必须充分考虑相关因素的法律问题。

笔者认为,诱惑侦查主要的功用在于“引蛇出洞”,在于印证犯罪,在于用同一或类似的犯罪事实,剥去被诱惑者既往犯罪的伪装,从而使其失去自我申辩和对抗侦查的条件。如犯罪嫌疑人在这个过程中完成按诱惑者的意图犯罪,并在诱惑者的控制下,犯罪被发现,被中止,对被害对象未形成真正的、实质性的危害,那么在侦查机关乘胜追击,弄清其既往犯罪事实,并将其交付审判时,对被诱惑而实施的犯罪可不予起诉,或由法院酌情予以从轻、减轻或免除处罚。但如果被诱惑或者由于自身的强烈犯意和固有的恶习,感到诱惑者设计的情境正中下怀,趁机大显身手,打破了诱惑者构思的框架,加重了“剧情”,被诱惑者则必须为自己的犯罪行为负责。

本着“法律面前人人平等”和“罪刑法定”的原则,侦查方诱惑侦查是否得当,也是被诱惑者能否被定罪的要件之一。因此,诱惑侦查的非法或过限,应当可以成为被告人无罪或罪轻的辨护理由,否则就有“欲加之罪,何患无辞”或给被诱惑者扣上“莫须有”罪名之嫌。而这显然与我国的立法宗旨相违背。

参考文献:

- [1] [8] 黄敏. 论诱惑侦查的程序控制[J]. 犯罪研究, 2003 (6).
- [2] 马滔. 诱惑侦查之合法性分析[J]. 中国刑事法杂志, 2000 (5).
- [3] 马明亮. 世界的眼光, 中国的问题——我们何去何从[DB/OL]. <http://www.schu.com> 2002-07-19.
- [4] 马明亮. 法律是否必须承认诱惑侦查[DB/OL]. 中评网, 2002-07-13.
- [5] 刘俊俊. 浅论诱惑侦查制度的原则缺陷及完善措施[J]. 山西警官高等专科学校学报, 2004 (2).
- [6] 吴丹红, 孙孝福. 论诱惑侦查[J]. 法商研究, 2001 (4).
- [7] 何家弘, 龙宗智. 诱惑侦查与警察圈套[A]. 证据学论坛(第三卷)[C]. 北京: 中国检察出版社, 2001. 172-177.

(本文由福建省警察学会供稿)

(责任编辑: 谢天长)