

违法诱惑侦查的法律后果

——德国联邦法院判例的最新发展及其启示

陈真楠

内容提要:德国联邦最高法院在 2015 年毒品案判决中维持了诱惑侦查合法性标准的综合判断说,但改变了实务界处理违法诱惑侦查的立场,明确放弃从宽处罚说,改采诉讼障碍说。虽然其转变的直接动因是基于欧洲人权法院对相关问题的裁决,但同时这一学说的引入也是契合德国刑事诉讼立法、刑事诉讼理论和刑事司法实践的务实选择。在刑事司法发展日益国际化的背景下,这一学说的确立符合比较法发展趋势,对我国完善诱惑侦查的法律控制规则具有较强的借鉴意义。立足本国法律实践,反思与国际刑事司法趋势之间的落差,确立“侦查机关违法引诱犯罪的,不得处罚被诱人”的基本立场,引入诉讼障碍说,应当是我国诱惑侦查规则发展的方向。

关键词:诱惑侦查 从宽处罚说 诉讼障碍说

陈真楠,西南政法大学诉讼法学博士后研究人员。

一 问题的提出

在刑事侦查实务中,应对毒品犯罪、有组织犯罪等极为隐秘、复杂的犯罪时,常规的侦查方法往往难以奏效,此时安排秘密侦查人员渗入犯罪集团内部或者接触来自犯罪集团的线民,通过实施诱惑侦查来追诉犯罪往往是有效的破案手段。但是诱惑侦查的不当使用会引发人们对刑事司法目的的质疑,即国家侦查机关不应逾越任务权限范围而去制造犯罪,更不得自相矛盾,为了追诉犯罪而去制造犯罪。因此,诱惑侦查必须遵守一定的界限,对于违法的诱惑侦查必须规定强制性的法律后果。

在我国刑事侦查实践中,诱惑侦查的使用已有数十年,但是正式写入法律规定还不到十年。我国 2012 年修订《刑事诉讼法》时在第 151 条第 1 款(现行《刑事诉讼法》第 153 条第 1 款)增加了“不得诱使他人犯罪”的规定。对于何为“不得诱使他人犯罪”,一种比

较权威的解释是“不得诱使他人产生犯罪意图”，^[1]也即禁止犯意引诱。但是对于诱使他人犯罪这一行为的后果，法律并没有明确规定。在此之前，刑事司法机关规范诱惑侦查的依据主要是内部规定，比如云南省公安厅 1995 年出台的《关于侦查预备贩毒案件暂行规定》和四川省高级人民法院、四川省人民检察院、四川省公安厅 2001 年联合制定的《关于办理贩卖毒品案件有关犯罪预备问题的意见》。这两个规定均明确规定启动诱惑侦查的条件是具有毒品犯罪的预备行为，后者还有严禁引诱犯罪的条文，但是对于引诱犯罪的法律后果是什么，这两个文件均未规定。最高人民法院 2008 年下发的《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》（下称“《纪要》”）第 6 条并没有规定“不得诱使他人犯罪”，而是将特情介入侦查措施分为犯意引诱、数量引诱、双套引诱以及其他特情介入四种。对于特情介入的后果，采取了“从宽处罚”的方式。在犯意引诱、数量引诱的情况下，应当对被告人予以从轻处罚；在双套引诱的情况下，应当对被告人予以更大幅度的从宽处罚或者依法免于刑事处罚；在其他的特情介入情况下，应当对被告人依法处理。在我国《刑事诉讼法》明确禁止诱使他人犯罪的情况下，《纪要》是否仍有效，尤其是从宽处罚方式是否具有合理性，是存在重大疑问的。

学界对诱使他人犯罪应承担何种法律后果，看法并不统一，主要有非法证据排除说、^[2]犯意诱发型刑事责任豁免及引诱过当型诉讼终止说、^[3]非法证据排除与严重情况下的刑事责任免除说、^[4]排除所有证据后的无罪说^[5]以及诉讼条件欠缺为由的诉讼终止说^[6]等几种学说。

实践中，法院虽然将《纪要》作为处理诱惑侦查问题的主要依据，但是对于诱使他人犯罪行为的处理方式并不统一，大部分法官采取对被引诱人从轻处罚的方式，但也有无罪的案例。前者如付某贩卖毒品案，C 市 S 区法院认定：付某明知是毒品而为他人代购，并从中牟利，变相加价贩卖毒品，构成贩卖毒品罪。但是，付某是在特情诱惑和促成下形成犯意，进而实施毒品犯罪，对其应酌情从轻处罚。后者如吴某兰非法出售珍贵、濒危野生动物案，公安机关在未掌握吴某兰有出售国家保护的野生动物事实的情况下，派侦查人员主动引诱吴某兰向其出售国家保护的野生动物，吴某兰才以中介人身份参与 4 只熊掌的交易。法院以吴某兰没有出售国家保护的野生动物的犯意，公安机关系犯意引诱为由，最终判决被告人吴某兰无罪。^[7]

[1] 王爱立主编：《中华人民共和国刑事诉讼法释义》，法律出版社 2018 年版，第 315 页；郎胜主编：《中华人民共和国刑事诉讼法释义》，法律出版社 2012 年版，第 335 页。

[2] 参见熊秋红：《秘密侦查之法治化》，《中外法学》2007 年第 2 期，第 158 页；徐静村：《诱惑侦查的应用与控制》，《人民检察》2011 年第 14 期，第 9 页。

[3] 参见程雷：《诱惑侦查的程序控制》，《法学研究》2015 年第 1 期，第 167 - 168 页。

[4] 参见张建伟：《特殊侦查权力的授予与限制——新〈刑事诉讼法〉相关规定的得失分析》，《华东政法大学学报》2012 年第 5 期，第 109 页。

[5] 参见万毅：《解读“技术侦查”与“乔装侦查”——以〈刑事诉讼法修正案〉为中心的规范分析》，《现代法学》2012 年第 6 期，第 191 - 192 页。

[6] 参见王一超：《论国家教唆之下被教唆人的诉讼救济——以刑事诉讼条件理论为视角》，《中国刑事法杂志》2014 年第 3 期，第 86 - 97 页。

[7] 本案参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考（总第 72 集）》，法律出版社 2010 年版，第 53 - 58 页。

由此可见,对于违反“不得诱使他人犯罪”的法律后果,我国立法不明确、学界观点纷呈、司法实践做法不统一。与我国类似,对于突破界限的诱惑侦查应具有何种法律后果,德国学界观点并不统一,刑事司法实践则长期坚持“从宽处罚说”。但是,在学界的持续批评及欧洲人权法院判决的影响下,德国联邦最高法院第二刑事庭在2015年6月10日的判决(下称“德国2015年毒品案判决”)中放弃了从宽处罚说,改采诉讼障碍说,认为违法的诱惑侦查原则上构成诉讼障碍事由,应导致程序终止。该案对德国诱惑侦查制度产生重大影响,也得到学界诸多赞誉。^[8] 本文拟以这一判决为基础,着力分析德国诱惑侦查制度的最新发展,以为我国诱惑侦查制度的改革提供有益借鉴。

二 关于违法诱惑侦查法律后果的理论争议

德国学界普遍认为,为查明毒品犯罪、有组织犯罪等极为严重的犯罪,在遵守特定的界限的前提下实施诱惑侦查是允许的。实践中,在应对毒品犯罪时常规的侦查方法往往难以奏效,因此,对诱惑侦查也具有较强的需求。^[9] 对于诱惑侦查的界限以及超出界限应具有何种法律后果,《德国刑事诉讼法典》中并没有明确规定,而是经过司法实践的长期发展,形成了一定的规则。

对于诱惑侦查的合法性界限,德国的理论界与实务界一致认为应遵循以下原则:侦查人员只能将自己的行为限制在利用被追诉人已有的为实施犯罪而进行的准备上,否则就是违反了德国宪法的法治国原则。因此,启动诱惑侦查时必须有初步的怀疑,认为被追诉人已经实施了犯罪或者已有实施犯罪的准备。禁止对没有犯罪嫌疑或者没有犯罪准备的人实施诱惑侦查。对已有犯罪嫌疑或犯罪倾向的人实施诱惑侦查通常是允许的,但是如果侦查人员的诱惑行为过当,则诱惑侦查仍是非法的。在判断侦查人员的行为是否过当时,需综合全案情况进行考察,包括犯罪嫌疑的基础和程度,诱惑行为的方式、强度、目的及持续时间的长短以及被追诉人自主的不受外部控制的行为情况等。判断的关键在于,在犯罪行为发生的过程中,侦查人员的作用是否大于被追诉人的作用。典型的情况是,侦查人员对被追诉人施以暴力、威胁或者使被追诉人承受强大心理压力,驱使被追诉人实施犯罪,此时侦查人员的诱惑行为对犯罪的实施所起的作用更大。^[10] 因此,德国诱惑侦查的合法性标准也被称为“综合权衡说”(Gesamtschau)。这一学说的核心内容包括两个方面:一是不得对没有犯罪嫌疑或犯罪倾向的人实施诱惑侦查。二是侦查机关不得在诱惑侦查中对犯罪的实施施加过当影响。综合权衡说早在20世纪80年代就得以确立,此后联邦最高法院在实践中遵循了综合权衡的标准并将其具体化。^[11]

[8] Vgl. Carolin Schmidt, Kompensation der unzulässigen staatlichen Tatprovokation - Zu den Auswirkungen der Rechtsprechung des EGMR in Deutschland und Österreich, ZIS 2017, 56, 56 f.

[9] Vgl. Bernd Heinrich, Staatliche Tatprovokation, DGSStZ 2016, 20, 21 f.

[10] Vgl. Bernd Heinrich, Staatliche Tatprovokation, DGSStZ 2016, 20, 22 - 23 f.

[11] 与我国诱惑侦查的犯意诱发型和机会提供型的二分法不同,德国诱惑侦查合法性标准所采用的综合权衡说,既要考虑被引诱人犯意的有无,也要考虑侦查机关的行为是否超过必要限度。因此我国的机会提供型的诱惑侦查也有可能由于诱惑力度过当,而被认定为违法。

对于违法的诱惑侦查应具有何种法律后果,德国的理论界与实务界则并未达成一致看法。比较重要的四种观点分别是实体法层面的个人排除刑罚事由说和从宽处罚说以及程序法层面的诉讼障碍说和证据使用禁止说。

第一,个人排除刑罚事由说(Strafaufhebungsgrund, Strafausschließungsgrund),也被称为刑罚阻却说。根据德国刑法理论,个人排除刑罚事由在犯罪论体系中属于不法与罪责以外的犯罪成立要件。一般而言,行为一旦符合构成要件该当性、违法性和有责性就构成犯罪,但在特殊情况下需要进一步审查个人排除刑罚事由等其他犯罪成立要件。如果存在个人排除刑罚事由的情况,则行为人在行为当时就存在没有可罚性的事由,^[12]违法的诱惑侦查就属于此种事由。例如慕尼黑大学的罗科信教授(Claus Roxin)及许乃曼教授(Bernd Schünemann)认为,违法的诱惑侦查违反了德国宪法中的法治国原则,此时首先应讨论的问题并非诉讼程序的问题,而是犯罪应否成立的问题。在诱惑侦查违法的情况下,国家自始就不存在实体的刑罚权,法院应以被引诱人犯罪不成立为由判决其无罪。^[13]因此,这种学说属于实体的无罪说。^[14]

第二,从宽处罚说(Strafzumessungslösung)。该说认为即使侦查机关的诱惑侦查违法,被引诱人实施的犯罪仍然符合客观的犯罪构成要件,所以仍然是犯罪行为。但与其他犯罪行为相比,被引诱人行为的不法性和有责性明显较低,因此,违法诱惑侦查构成从轻处罚事由,^[15]应当对被引诱人从宽处罚。

第三,诉讼障碍说(Verfahrenshindernis)。该说认为,违法的诱惑侦查构成诉讼障碍事由,诉讼程序因欠缺诉讼要件而应予以终结。理由包括两点:其一,国家刑罚权失效。如果国家诱使行为人实施犯罪,就失去了之后再惩罚他的权力,否则刑事司法机关的权威性将受到极大影响。其二,禁止国家行为自相矛盾原则。该理由是依据《德国基本法》第 1 条与第 2 条而推导出来,认为国家一方面引诱犯罪,另一方面又追诉该被引诱实施的犯罪,是一种自相矛盾的行为,因而违反了基本法。^[16]因此,在存在违法的诱惑侦查的情况下,法院应终止程序。

第四,证据使用禁止说(Beweisverwertungsverbote)。该说认为,违法的诱惑侦查并不导致诉讼障碍,但是其所获得的证据应被禁止使用。^[17]理由是侦查机关的取证过程违法,违反了证据取得禁止原则。法院应排除所有由违法的诱惑侦查所取得的证据,如果不存在其他的合法证据则应判决被告人无罪。但是,在德国的证据禁止理论中,并非所有的证据取得禁止均会导致对证据使用禁止,对于使用禁止的理由,学界存在两种观点:其一,将违法的诱惑侦查视为欺诈,类推适用《德国刑事诉讼法典》

[12] 参见林钰雄:《国家机关挑唆犯罪之法律效果》,我国台湾地区《台大法学论丛》第三十五卷第一期,第 13 页。

[13] 参见[德]克劳思·罗科信著:《刑事诉讼法》(第 24 版),吴丽琪译,法律出版社 2003 年版,第 77 页;Vgl. Claus Roxin, Zur Bestrafung eines durch staatliche Tatprovokation verleiteten Täters, JZ 2000, 363, 369-370 f.

[14] 参见林钰雄:《国家机关挑唆犯罪之法律效果》,我国台湾地区《台大法学论丛》第三十五卷第一期,第 13 页。

[15] Vgl. Bernd Heinrich, Staatliche Tatprovokation, DGSiZ 2016, 20, 25 f. 另参见林钰雄:《国家机关挑唆犯罪之法律效果》,我国台湾地区《台大法学论丛》第三十五卷第一期,第 12 页。

[16] Vgl. Bernd Heinrich, Staatliche Tatprovokation, DGSiZ 2016, 20, 23-24 f.

[17] Vgl. Bernd Heinrich, Staatliche Tatprovokation, DGSiZ 2016, 20, 24 f.

第 136a 条^[18]关于不当讯问方法的规定,排除由违法的诱惑侦查所获得的证据。其二,以基本法为依据,认为违法的诱惑侦查严重地侵犯了受基本法保护的人性尊严,侵犯了私人生活的核心领域,属于自主性证据使用禁止,应禁止使用所获得的证据。^[19]

总体而言,违法诱惑侦查的法律后果可大体分为有罪说和无罪说。有罪说以处罚被引诱人为前提,包括从宽处罚说和证据使用禁止说。从宽处罚说依旧坚持被引诱人是基于自由意志实施的犯罪,只是被引诱人的不法性和有责性有所降低,从而予以从宽处罚。证据使用禁止说将违法诱惑侦查与违法取证行为等同,以证据使用禁止对侦查机关施以惩戒,以达到保障被引诱人合法权益的目的。无罪说以不处罚被引诱人为前提,包括个人排除刑罚事由说和诉讼障碍说。个人排除刑罚事由是基于实体问题出罪,在侦查机关引诱行为人犯罪的情况下,该犯罪行为并无实质的法益侵害,因此不构成犯罪。^[20]而诉讼障碍说是基于程序问题出罪,违法的诱惑侦查属于重大的程序性违法行为,使得国家机关丧失了对被引诱犯罪的惩罚权,导致诉讼条件缺失。诉讼条件是指诉讼程序合法进行并作实体判决必须具备的条件。一般分为积极的诉讼条件和消极的诉讼条件。前者是必须满足的,例如法院必须有管辖权、公诉机关必须提起公诉等;后者是不能存在的,也被称为诉讼障碍。^[21]在刑事诉讼的实体法功能不能实现或者实现的代价过大等特殊情况下,可以基于宪法原因推导出诉讼障碍,^[22]例如诉讼严重拖延。对于缺少诉讼条件的案件,不作实体判决(有罪或无罪),而作程序裁定(终止诉讼)。侦查机关引诱犯罪属于国家机关“制造”了诉讼对象,这与其权限相违背,不符合依法治国原则,从而“损害了整个程序的合法性”。根据禁止自相矛盾原则,国家丧失了追诉犯罪的权力,从而构成诉讼障碍。^[23]

三 违法诱惑侦查法律后果的司法实践及其转变

自 20 世纪 80 年代开始,德国联邦最高法院便多次处理诱惑侦查问题。至 2015 年毒品案判决为止,德国的司法实践对于违法的诱惑侦查应具有何种法律后果大致经过三个阶段的发展过程。第一个阶段是 1980 年至 1984 年,在此期间,联邦最高法院内部对于如何处理违法的诱惑侦查并未达成一致见解。第二刑事庭倾向于诉讼障碍说,认为违法的

[18] 《德国刑事诉讼法典》第 136a 条(予以禁止的讯问方法):“(一)不得以虐待、疲劳战术、伤害身体、服用药物、折磨、欺诈或者催眠等方法损害犯罪嫌疑人意志决定和意志活动的自由。仅在刑事诉讼法准许的范围内,允许实施强制。禁止以刑事诉讼法不准许的措施相威胁,禁止以法律没有规定的利益相许诺。(二)有损犯罪嫌疑人记忆力或者理解力的措施应当不予许可。(三)第一款和第二款禁止规定一律适用,犯罪嫌疑人的同意不予考虑。违反此禁止所获得的陈述,即使犯罪嫌疑人同意使用,亦不允许。”参见《德国刑事诉讼法典》,岳礼玲、林静译,载《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译《世界各国刑事诉讼法(欧洲卷·上)》,中国检察出版社 2016 年版,第 72 页。

[19] 参见林钰雄:《国家机关挑唆犯罪之法律效果》,我国台湾地区《台大法学论丛》第三十五卷第一期,第 15 页。

[20] Vgl. Claus Roxin, Zur Bestrafung eines durch staatliche Tatprovokation verleiteten Täters, JZ 2000, 363, 370 f.

[21] Vgl. Bernd Heinrich, Tobias Reinbacher, Examinatorium Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2017, S. 56.

[22] Vgl. BVerfG, JW 2003, 1584.

[23] Vgl. Carolin Schmidt, Grenzen des Lockspitzeinsatzes: Eine rechtsvergleichende Betrachtung am Maßstab der EMRK, 2016, S. 221.

诱惑侦查属于诉讼障碍事由,对被引诱人进行的诉讼程序应予终止。^[24] 而第五刑事庭则倾向于个人排除刑罚事由说,认为被引诱人实体无罪。^[25] 第二个阶段是 1984 年至 2015 年,认为违法的诱惑侦查并不构成诉讼障碍事由,仅是导致从轻处罚的一个量刑因素。1984 年,联邦最高法院开始统一立场,先是第一刑事庭在判决中认为违法的诱惑侦查只具有从宽处罚的效果,^[26] 然后 1985 年联邦最高法院召开大刑庭统一见解,明确放弃诉讼障碍说,改采从宽处罚说。^[27] 自此之后的三十余年间,联邦最高法院的从宽处罚立场一直未改变。从宽处罚说之所以成为统一见解,是因为其具有较大灵活性。法官可以以从轻处罚或者免除处罚来应对具体案件中各种不同程度的程序违法行为,而其他处理方案均会导致一刀切式的“全有或全无”的结果,无法顾及不同案件的不同情况。与此同时,联邦最高法院还要求法官必须具体说明基于违法诱惑侦查从宽处罚了多少以及最终施加的刑罚与没有违法诱惑侦查的情况下应施加的刑罚之间的具体差异。^[28] 第三个阶段是 2015 年至今,联邦最高法院第二刑事庭在 2015 年毒品案判决中认为,违法诱惑侦查构成诉讼障碍事由,程序应终止。联邦最高法院对违法诱惑侦查法律后果的立场从从宽处罚说转向诉讼障碍说是源于对一桩毒品犯罪案件诱惑侦查是否违法的讨论,基本案情如下。

[基本案情] 亚琛地方检察院在调查 D 涉嫌绑架案时意外发现,犯罪嫌疑人 B 和 J 可能涉嫌洗钱和跨国毒品犯罪,但若无证据,遂启动诱惑侦查。在长达 5 个月的时间内,卧底警察以遭到下家威胁为由,多次请求 B 介绍毒品卖家,但 B 均予以拒绝。后 B 终于禁不住引诱,在 J 的帮助下,介绍卧底警察与荷兰的卖家交易。在第二次毒品交易时,埋伏的警察将 B 和 J 以及其他犯罪嫌疑人抓获。

一审波恩地方法院认为本案诱惑侦查合法,但鉴于被告人只是毒品犯罪的帮助犯且获利较少,地方法院无法确定被告人 B 是否与卧底警察约定了事成后的报酬,而被告人 J 按约定所得的报酬远远小于涉案的交易金额。最终两个被告人均被判处 3 年 10 个月有期徒刑。判决作出后被告人和检察机关均就法律问题提出上诉。联邦最高法院第二刑事庭认为本案诱惑侦查违法,根据欧洲人权法院和联邦最高法院的判例确立的诱惑侦查的合法界限,本案的诱惑侦查违反了公正审判原则和法治国原则,存在诉讼障碍事由,裁定程序终止。^[29] 在违法诱惑侦查的法律后果方面,联邦最高法院第二刑事庭放弃了以往三十余年联邦法院坚持的从宽处罚说,明确确立诉讼障碍说。具体理由包括以下三个方面。

[24] Vgl. Claus Roxin, Zur Bestrafung eines durch staatliche Tatprovokation verleiteten Täters, JZ 2000, 363, 364 f. Vgl. BGHStV 1981, 392; BGHStV 1982, 221; NSiZ 1982, 126; 1982, 156; 1984, 78. 转引自林钰雄:《国家机关挑唆犯罪之法律效果》,我国台湾地区《台大法学论丛》第三十五卷第一期,第 18 页。

[25] Vgl. BGH, 20. 12. 1983 - 5 StR 634/83.

[26] Vgl. Claus Roxin, Zur Bestrafung eines durch staatliche Tatprovokation verleiteten Täters, JZ 2000, 363, 364 f.

[27] Vgl. BGHSt 33, 356, 362. 转引自林钰雄:《国家机关挑唆犯罪之法律效果》,我国台湾地区《台大法学论丛》第三十五卷第一期,第 19 页。

[28] Vgl. Deutscher Richterbund - Gutachten zum Thema “Vertrauenspersonen und Tatprovokationen”, S. 96, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Fachpublikationen/Gutachten_DRB_Vertrauenspersonen.html, 最近访问时间[2021-09-18]。

[29] Vgl. BGH Urteil vom 10. Juni 2015-2 StR 97/14, NSiZ 2016, 52.

第一,从宽处罚说不符合欧洲人权法院的判决,不应继续适用。欧洲人权法院在2014年 Furcht 诉德国案^[30]中直接批评德国刑事司法中的从宽处罚方法,认为该方法不是对违反公约的有效弥补措施。欧洲人权法院认为,在卧底警察首次接触申诉人 Furcht 的时候,Furcht 没有前科,没有客观的证据证明申诉人实施了毒品犯罪或者有实施毒品犯罪的倾向,也没有针对 Furcht 的刑事调查程序。在申诉人明确表示对毒品交易不再有兴趣之后,侦查人员再次与申诉人联系并说服他组织交易毒品。综合来看,侦查人员的行为已非“实质上被动的”,违反了《欧洲人权公约》第6条第1款第1项的公正审判原则。欧洲人权法院强调,打击犯罪所保护的公共利益不能凌驾于申诉人的个人利益之上。如果将通过违法的诱惑侦查所获得的证据用于刑事审判,则申诉人从程序开始就丧失了得到公正审判的机会。因此,必须排除所有由违法的诱惑侦查所获得的证据或者适用具有相同结果的程序,其他的处理方法均不足以弥补对公约的违反。本案的从宽处罚没有导致免除刑罚的结果,不属于具有相同结果的处理方式,不是对违反《欧洲人权公约》第6条的有效弥补方法。^[31]

第二,证据使用禁止说和个人排除刑罚事由说不符合德国法律体系,不能采用。首先,德国刑事司法中的证据使用禁止,针对的是目的为查明犯罪问题的单个的、特定的、违法的取证行为,但是在违法的诱惑侦查情形中,诱惑侦查行为并非为了取证,而是为了诱导犯罪嫌疑人实施犯罪行为。所以此时存有疑问的不是具体证据收集问题,而是整个侦查过程。其次,证据排除的范围难以界定。证据使用禁止一般是排除直接由违法的侦查行为所获得的证据,但是很难区分由诱惑侦查行为获得的证据中哪些是直接获得哪些是间接获得。例如本案中被告人B和J的口供是定案的重要依据,被告人的口供究竟是直接获得的证据,还是间接获得的证据,不好判断。又如卧底警察或者线人提供的证据是直接获得的证据,还是间接获得的证据,也不好判断。通常情况下,除了卧底警察或者线人外,还有其他的侦查人员会监视诱惑侦查的实施过程,这些侦查人员提供的证据是否需要排除?如果仅排除部分证据,并不能保证符合欧洲人权法院的要求。联邦最高法院第二刑事庭认为,如果纠结于这些证据问题,那么禁止侦查机关引诱犯罪的目的根本不能实现。最后,个人排除刑罚事由说没有法律的明确规定,学界也众说纷纭,不能形成一致意见,难以指导司法实践。

第三,诉讼障碍说的采用有充分的正当性。首先,采用诉讼障碍说有理论支撑。尽管德国刑事诉讼法对诉讼障碍事由这一法律概念没有一个明确的定义,但是诉讼障碍事由有一个公认的理论基础——诉讼条件理论。而个人排除刑罚事由并不具备这样的理论基础。而且,诉讼障碍针对的是侦查机关引诱实施犯罪行为的整个过程,这点与证据使用禁止说也不同。其次,诉讼障碍说有立法依据。《德国刑事诉讼法典》第206a条第1款规定,如果审判程序启动后出现程序障碍,法院可以在法庭审理外裁定停止程序,^[32]第260

[30] See Case of Furcht v. Germany (Application no. 54648/09), 23 October 2014.

[31] See Case of Furcht v. Germany (Application no. 54648/09), 23 October 2014, paras. 55 – 69.

[32] 《德国刑事诉讼法典》,岳礼玲、林静译,载《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译《世界各国刑事诉讼法(欧洲卷·上)》,中国检察出版社2016年版,第97页。

条第 3 款规定,存在程序障碍的,判决书中应当宣布停止程序。^[33] 因此诉讼障碍说属于欧洲人权法院要求的,与排除所有证据判处无罪具有类似结果的处理方式。最后,诉讼障碍说具有实践基础。20 世纪 80 年代,刑事司法实践中曾普遍采用诉讼障碍事由处理违法的诱惑侦查。德国联邦宪法法院虽然没有明确说明违法诱惑侦查是否构成诉讼障碍,但是联邦宪法法院明确提到,在极为例外的情况下,例如被引诱者先前并无任何犯罪嫌疑,对实施的犯罪并无任何贡献,只是作为国家机关引诱实施已有的犯罪计划的工具,此时允许用从宽处罚以外的方式处理违法的诱惑侦查,该违法的诱惑侦查就可能构成诉讼障碍事由。^[34]

综上,德国联邦最高法院第二刑事庭认定,在诱惑侦查违法的情况下,应适用诉讼障碍说来终止相关程序。

四 违法诱惑侦查法律后果的德国法发展趋势

2015 年毒品案判决是在德国学界和实务界对违法诱惑侦查的法律后果存在严重意见分歧的情况下作出的,所以并没有完全化解既有的意见纷争。事实上,即使在德国联邦最高法院内部,也存在不同的意见。联邦最高法院第一刑事庭在之前的另一起判决中认为,按照欧洲人权法院的解释,违反《欧洲人权公约》第 6 条第 1 款并不必然导致诉讼障碍。虽然欧洲人权法院要求排除通过违法的诱惑侦查获得的所有证据或者适用具有类似后果的程序,但其同时也指出了多种解决方案的可能性。第一刑事庭进一步指出,缔约国法律体系不需要严格遵守欧洲人权法院判例的字面解释,只要符合《欧洲人权公约》第 6 条第 1 款关于公正审判权的要求即可。即使认为诉讼障碍说完全可行,也只能适用于极端例外的情况,因为具体的处理方案不仅需要考虑被告人的利益,还需要考虑刑事诉讼对实质正义的追求。^[35] 即便在联邦最高法院第二刑事庭 2015 年毒品案判决作出后,第一刑事庭在之后的判决中依旧坚持上述观点。^[36] 联邦最高法院第五刑事庭在实践中也支持第一刑事庭的观点。^[37] 联邦宪法法院也指出,公约缔约国的国内法律规范不需要照搬欧洲人权法院的观点,只要实质上符合《欧洲人权公约》第 6 条第 1 款规定的公正审判的具体要求,缔约国可以自行决定如何将该款的要求转化为国内法。法治国原则不仅保护被告人,也要保障实现实质正义的刑事追诉利益,包括无辜的被害人的利益,因此只有在极端例外的案件中才能以违法诱惑侦查为由终止诉讼。^[38] 联邦宪法法院继续将从宽处

[33] 《德国刑事诉讼法典》,岳礼玲、林静译,载《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译《世界各国刑事诉讼法(欧洲卷·上)》,中国检察出版社 2016 年版,第 111 页。

[34] Vgl. BVerfG, NJW 1987, 1874; NJW 1995, 651, 652; Beschluss vom 18. Mai 2001 - 2 BvR 693/01; NJW 2015, 1083, 1084.

[35] Vgl. BGH, Urteil vom 19. 5. 2015-1 St R 128/15, Rn. 8 - 11.

[36] Vgl. BGH, Urteil vom 07. 12. 2017, 1 StR 320/17, Rn. 30.

[37] Vgl. BGH, Urteil vom 04. 07. 2018, 5 StR 650/17, Rn. 25.

[38] Vgl. BVerfG, Beschluss vom 18. 12. 2014 - 2 BvR 209/14, 2 BvR 240/14, 2 BvR 262/14 = NJW 2015, 1083 (1084), Rn. 43, 45.

罚视为弥补程序性违法行为的一种可能性。2020年2月11日,德国联邦司法和消费者保护部公布了由德国法官协会大刑事法委员会编写的《关于线人和诱惑侦查的综合报告》。^[39]在报告里,德国法官协会大刑事法委员会提出了一项法律修改建议:“在《刑法》第49条增加第2款:在诱惑侦查违法的情况下,法院可以酌情从轻处罚或免除处罚。”^[40]由此可见,在德国法院系统内部,对诉讼障碍说的抵触情绪仍较大。

值得注意的是,2020年10月15日,欧洲人权法院在 Akbay and Others 诉德国案^[41]中再次批评了德国的从宽处罚说。侦查机关接获线报怀疑第一申诉人贩卖毒品,启用线人 M 参与侦查。线人 M 在近一年半的时间内,不断引诱并催促第一申诉人走私毒品,且提到可以通过码头工人 K(真实身份是卧底警察)的帮助,绕过海关检查。在第二申诉人的帮助下,第一申诉人找到了毒品卖家。毒品运到不来梅港后,申诉人在当天被抓获。

一审德国地方法院认为,申诉人的毒品犯罪成立。法院认定针对第一和第二申诉人的诱惑侦查违反依法治国原则,采用从宽处罚说大幅度减轻了第一和第二申诉人的刑罚。申诉人上诉到联邦最高法院,认为诉讼应终止。最高法院第五刑事庭驳回了申诉人的上诉,理由是违法诱惑侦查的法律后果不是诉讼终止,而是从宽处罚。申诉人又申诉到宪法法院,认为地方法院的判决不能满足欧洲人权法院的要求,即在诱惑侦查违法的情况下,必须排除所有证据或适用具有类似结果的处理方式。宪法法院驳回了申诉人的申诉。理由是,即使认为违法诱惑侦查可能导致诉讼终止,也只适用于极端例外的情形,对违法诱惑侦查的处理不仅应考虑被告人的利益,也应考虑追求实质正义的刑事追诉的利益。之后申诉人又诉至欧洲人权法院。

德国政府辩称,地方法院没有将线人的证言及其他通过诱惑侦查所获得的证据作为实质证据,只是作为辅助证据印证申诉人在法庭上所作的供述,定罪的主要依据是申诉人在法庭上的口供。在法庭上,申诉人享有完整的沉默权,因此其所作供述不应被排除。所以地方法院的判决已经排除了所有由诱惑侦查所获得的证据,符合欧洲人权法院的判例法。对此,欧洲人权法院认为,申诉人之所以在庭上供述,是因为线人提供的证言与事实不符,由于线人的证言对认定诱惑侦查是否合法具有决定性作用,申诉人不能保持沉默。所以申诉人的口供与诱惑侦查行为具有紧密联系,均应当排除。德国法院未能排除所有与诱惑侦查相关证据的处理方式不符合欧洲人权法院的要求,违反了《欧洲人权公约》第6条第1款。^[42]欧洲人权法院再一次强调,如果诱惑侦查违法,就不能处罚被引诱人,

[39] 2017年,德国联邦司法和消费者保护部委托德国法官协会就“使用线人和禁止引诱犯罪”为主题提供法律修改建议。德国法官协会大刑事法委员会为此举办过一次专家会议,专家从法官司法实践和公诉人司法实践的角度探讨了主题。德国法官协会大刑事法委员会汇总了共49篇论文和修法建议的成果,构成了该报告的核心内容。该报告于2019年12月移交给联邦司法和消费者保护部。参见德国联邦司法和消费者保护部网站, https://www.bmjv.de/DE/Service/Fachpublikationen/GutachtenDRB_Vertrauenspersonen.html,最近访问时间[2021-03-20]。

[40] Vgl. Deutscher Richterbund - Gutachten zum Thema “Vertrauenspersonen und Tatprovokationen”, S. 108, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Fachpublikationen/Gutachten_DRB_Vertrauenspersonen.html,最近访问时间[2021-09-18]。

[41] See Akbay and others v. Germany (Application no. 40495/15 and 2 others), 15 October, 2020.

[42] See Akbay and others v. Germany (Application no. 40495/15 and 2 others), 15 October, 2020, paras. 101 - 104, 132 - 139.

本案中对被引诱人从宽处罚的作法,不符合欧洲人权法院的判例法。

Akbay and Others 诉德国案的判决在德国学界和律师界引起强烈反响。例如许贝纳 (Yannic Hübner) 认为,这个判决标志着从宽处罚说的终结,未来应将违法诱惑侦查视为诉讼障碍事由,诉讼应终止。^[43] 联邦律师协会 (BRAK)、德国律师协会 (DAV) 等纷纷呼吁,立法应立即明确规定,违法诱惑侦查构成诉讼障碍事由,法官不得再使用从宽处罚方法。^[44] Akbay 案的辩护律师之一科嫩 (Stefan Conen) 认为,在欧洲人权法院明确表示“引诱被告人犯罪的,不得处罚被告人”的立场下,法官没有作出有罪判决的裁量空间。^[45]

目前,德国的立法机关对于诱惑侦查问题以及欧洲人权法院的再次批评尚未表态。2020 年 12 月 17 日,德国联邦议会议员提出了一项议案,题为“遏制违法诱惑侦查,赔偿受害者”。该议案指出,2014 年和 2020 年,德国两次因为诱惑侦查问题被欧洲人权法院判决败诉,这说明从宽处罚说必须被废除。根据 Akbay 案的判决精神可知,德国法官协会大刑事法委员会提出的“酌情从轻处罚或免除处罚”的处理方案是不够的。从规范侦查行为的角度来看,诉讼障碍说具有相当的惩戒功能,有利于防止侦查机关使用违法的诱惑侦查方法。该议员希望联邦议会呼吁联邦政府提交一项刑事诉讼法的修改草案,根据欧洲人权法院的判例增订对诱惑侦查的规制条款。^[46]

笔者认为,基于欧洲人权法院判决的区域影响力和德国法律界人士的努力,德国在未来很可能会彻底放弃从宽处罚说,全面适用诉讼障碍说。原因在于,德国联邦最高法院 2015 年毒品案判决展示了违法诱惑侦查法律后果的最新发展,引诱被告人犯罪的,以不处罚被告人为原则。从纵向和横向的角度来看,德国诱惑侦查制度的最新发展具有充分的实践基础,且符合刑事司法的发展趋势。

第一,基于实践发展的需求。“实践积极、立法消极”,是德国诸多制度变革的基本逻辑,诱惑侦查制度的发展也不例外。德国学界对诱惑侦查制度的研究起始于 19 世纪末,到 20 世纪 70 年代,德国学界对诱惑侦查的研究主要集中于实体法上的双重教唆问题,自 20 世纪 80 年代,开始转向程序法问题。之后,德国学者基本上均会将诱惑侦查问题作为如何划定国家打击犯罪的法治国界限的经典案例。^[47] 但是在立法层面,对于诱惑侦查的合法性标准和违法性后果,德国刑事诉讼法至今未作明确规定。一方面,诱惑侦查对于侦查毒品犯罪、有组织犯罪等重大刑事案件具有举足轻重的作用,另一方面,如果适用不当极易导致国家制造犯罪的后果,严重影响司法公信力。因此,如何划定诱惑侦查的界限和违法性后果,考验着立法者的智慧。或许正因为如此,德国将诱惑侦查的控制规则交由实

[43] Vgl. Yannic Hübner, Schluss mit der Strafzumessungslösung! - Besprechung von EGMR HRRS 2020 Nr. 1163 (Akabay u. a. gegen Deutschland), HRRS 2020, 441, 441 - 445 f.

[44] Vgl. Hasso Suliak, Anwaltsverbände pochen auf Klarstellung im Gesetz, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/egmr-urteil-v-leute-tatprovokation-anwaelte-fordern-gesetzesanderung-verfahrenshindernis-agent-provocateur>,最近访问时间[2021-01-05]。

[45] Vgl. Hasso Suliak, EGMR verurteilt Deutschland erneut wegen unfairer Strafverfahren, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/egmr-40495-15-deutschland-verurteilt-faires-verfahren-v-leute-agent-provocateur-tatprovokation/>,最近访问时间[2021-01-05]。

[46] Vgl. BT-Drucks 19/25352 - Antrag: Rechtsstaatswidrige Tatprovokationen eindämmen, Betroffene entschädigen.

[47] Vgl. Ulrich Sommer, Das tatbestandlose Tatverhalten des Agent Provocateur, JR 1986, 485, 485 f.

践不断探索。自 20 世纪 80 年代以来,违法诱惑侦查的法律后果在联邦最高法院经过三个阶段的发展:实体无罪和诉讼障碍并行——从宽处罚——诉讼障碍,其中从宽处罚说持续适用达 30 年之久。这三个发展阶段表明,联邦最高法院不断在打击犯罪与保障人权之间寻找平衡点。从宽处罚说由于偏向打击犯罪,受到学界诸多批评。例如许乃曼教授认为,对被引诱人从宽处罚掩饰了国家行为的违法性。^[48] 由从宽处罚说到诉讼障碍说的转变,说明联邦最高法院开始偏重于保障人权。这在德国毒品犯罪形势日益严峻的背景下,表现得尤为明显。2010 年至 2019 年,德国毒品犯罪案件的数量逐年增加,毒品犯罪案件占总刑事案件数量的比例从 2010 年的 3.89% 上升至 2019 年的 6.62%。但是在这十年中,毒品犯罪案件的侦破率整体上却呈现逐年下降态势,从 2010 年的 94.7% 下降至 2019 年的 92.5%。2013 年小幅度回升至 94.5%,之后大幅度下滑,2018 年达到最低点 92.4%,2019 年再次小幅回升至 92.5%。^[49] 在毒品犯罪数量日益攀升、侦破率日益下降的背景下,德国联邦最高法院依旧加强了对诱惑侦查的法律控制。

第二,受到欧洲人权法院判决的巨大影响,这是德国联邦最高法院处理违法诱惑侦查的立场由从宽处罚说转变为诉讼障碍说的主要原因。自 1998 年 Teixeira de Castro 诉葡萄牙案^[50]起,欧洲人权法院通过系列判决确立了控制诱惑侦查的基本规则。对于违法诱惑侦查的法律后果,欧洲人权法院确立了不得处罚的基本立场,即侦查机关违法引诱犯罪的,不得处罚被引诱人。处理的方案是排除所有因该诱惑侦查而获得的证据或者适用具有类似后果的程序,并指出仅仅从量罚方面从宽处罚并非有效的救济措施。^[51] 在 2014 年 Furcht 诉德国案中,欧洲人权法院直接批评德国刑事司法中的从宽处罚方法并非对违反《欧洲人权公约》的有效弥补措施。为避免再次因为类似的处理方式被判决败诉,德国联邦法院必须遵循欧洲人权法院的判决并将其转化为国内法。

在欧盟,尽管《欧洲人权公约》各缔约国的法律体系不尽相同,但受到欧洲人权法院的影响,各国均逐渐确立了对被违法引诱犯罪的被告人不得处罚的基本立场。例如,卢森堡、比利时与荷兰也认为,违法的诱惑侦查构成诉讼障碍,程序应终止。^[52] 即使是普通法系的英国也从传统的从宽处罚说转向更加有利于保障人权的诉讼终止说。英国上议院在 1980 年 R v. Sang 案中确立了从宽处罚的立场,理由是,犯罪的主观因素和客观因素都确实存在,被引诱人的行为属于犯罪,只是其罪责因为诱惑侦查的介入而减轻,因此应对被引诱人从宽处罚。^[53] 在 1998 年 Teixeira de Castro 诉葡萄牙案之后,英国在 2001 年 R v. Looseley 案中深入讨论了欧洲人权法院确立的诱惑侦查的控制标准。在违法诱惑侦查的

[48] Bernd Schünemann, Risse im Fundament, Flammen im Gebäck; Die Strafprozessordnung nach 130 Jahren, ZIS 2009, 484, 486 f.

[49] 数据来源于德国联邦刑事调查局每年公布的关于刑事犯罪的统计数据,参见德国联邦刑事调查局网站, https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/pks_node.html, 最近访问时间[2021-02-18]。

[50] See Teixeira de Castro v. Portugal (44/1997/828/1034), 9 June 1998.

[51] See Grba v. Croatia (Application no. 47074/12), 23 November 2017, para. 103; Lagutin and Others v. Russia (Application no. 6228/09, 19123/09, 19678/07, 52340/08 and 7451/09), 24 April 2014, para. 117.

[52] Vgl. Claus Roxin, Zur Bestrafung eines durch staatliche Tatprovokation verleiteten Täters, JZ 2000, 363, 366 f.

[53] See Regina v. Looseley [2001] UKHL 53, para. 8.

法律后果部分,该判决认为应采用程序终止或者证据排除的处理方式,其中程序终止更适当,因为如果支持基于违法的诱惑侦查而提起的控诉,会严重损害法院的公正司法形象。^[54]由此可见,基于欧洲人权法院判决的区域影响力,各缔约国均改变了处理违法诱惑侦查的方式,确立了不得处罚的基本立场,德国也不例外。

第三,符合比较法的发展趋势。德国对于违法诱惑侦查的立场由从宽处罚到不得处罚的变化,与美国、加拿大等其他英美法系国家规制违法诱惑侦查的态度基本相同。在美国,违法诱惑侦查被称为警察圈套。坚持主观标准的联邦最高法院和多数州法院将警察圈套视为事实问题,属于积极抗辩事由,法官须就警察圈套问题提示陪审团。如果警察圈套成立,则由陪审团作无罪判决。坚持客观标准的州法院则认为诱陷抗辩是法律问题,对执法行为合法性的审查是司法的责任,应由法官裁决,而非陪审团裁决。如果警察圈套成立,则侦查行为属于严重的程序性违法行为,法官应驳回起诉。^[55]由此可见,对于违法诱惑侦查应具有何种法律后果,虽然美国不同司法系统的做法不统一,但基本的立场都是不得处罚被诱人。

加拿大最高法院在 1988 年 R v. Mack 案中确立了规制诱惑侦查的基本规则。本案的被告人曾有五次毒品犯罪的前科,最后一次犯罪是 1979 年,但被告人表示自此之后,已经彻底改过自新。被告人的一个朋友根据警察的部署,说服被告人为一个犯罪集团购买可卡因。在长达六个月的时间内,被告人一直拒绝参与该犯罪,这个朋友及其同伴便威胁被告人,同时以巨额金钱诱惑被告人,被告人终于同意参与犯罪。加拿大最高法院认为,警察可以采用非常规的诱惑侦查方法,但是须严格限制诱惑侦查的适用。本案中,警察通过长期、持续的诱惑甚至威胁,使得被告人实施了本来不会实施的犯罪,所以诉讼程序应当终止。理由是,违法的诱惑侦查属于程序滥用行为,包含法律问题和事实问题,应交由法官裁决。为防止警察的程序滥用行为导致司法不公正,必须终止诉讼程序。^[56]

综上所述,德国违法诱惑侦查的法律后果从从宽处罚说到诉讼障碍说的转变,不是理性建构的结果,而是司法实践持续演进的结果,符合刑事司法发展的趋势,为我国诱惑侦查制度的改革发展提供了有益的启示。

五 德国经验对我国司法实践的启示

在我国刑事诉讼法明确要求“不得诱使他人犯罪”,德国经验表明毒品犯罪形势严峻不影响对违法诱惑侦查法律后果的强化规制,比较法趋势普遍要求对被诱人作无罪处理的情况下,我国应当及时废止从宽处罚说,确立不得处罚的基本立场,在诱惑侦查违法的情况下,以诉讼障碍为由及时终止诉讼。

违法诱惑侦查之所以缺乏处罚的正当性,是因为国家机关引诱他人犯罪与处罚被引

[54] See Regina v. Looseley[2001]UKHL 53, para. 11 - 16.

[55] See Anthony M. Dillof, Unraveling Unlawful Entrapment, 94 *Journal of Criminal Law & Criminology* 827, 831 - 836 (2004);另参见[美]约书亚·德雷斯勒著:《美国刑法纲要》,姜敏译,中国法制出版社 2016 年版,第 231 - 232 页。

[56] See R v. Mack, [1988] 2 SCR 903.

诱的犯罪之间存在内在矛盾,解决矛盾的唯一出路在于确立国家不得处罚被引诱之犯罪的基本立场。从宽处罚说不仅无法解决这一矛盾,还存在对被引诱人的程序保护不足的问题。与一般的程序违法行为相比,违法诱惑侦查涉及整个刑事追诉行为,属于侦查机关违法制造犯罪,是更为严重的程序违法行为,应当科以更为严重的程序后果。而从宽处罚说依旧以实现侦查机关打击犯罪为目的,而忽略了其中涉及的人权保障问题,在某种意义上是对违法诱惑侦查行为的鼓励。从公权力运行规范来看,违法诱惑侦查属于最严重的权力滥用行为之一,必须对整个刑事追诉行为作否定性评价,对被诱人从宽处罚显然无法满足此种要求。因此,我国目前司法实践中普遍适用的从宽处罚说应当予以废除。

此外,最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合印发并于2019年5月1日起施行的《关于办理毒品犯罪案件收集与审查证据若干问题的意见》第48条第3款规定:“隐匿身份人员在侦查活动中诱使本无犯意的人实施毒品犯罪,并向其提供涉案毒品,或者向其提供毒资和购毒渠道的,所提供的毒品、毒资以及从其提供的渠道购买的毒品不得作为认定被引诱人员实施毒品犯罪的证据。”实践中也有司法机关依据该条排除涉案毒品、毒资,并以其他证据不足以证明犯罪为由对犯罪嫌疑人作不起诉处理。^[57]可见非法证据排除说已经赢得最高司法机关的支持,但是笔者对此持反对意见,原因在于非法取证行为与违法诱惑侦查行为存在极大差异。非法取证行为在犯罪行为之后的侦查过程中产生,而违法的诱惑侦查行为则与犯罪同时产生;非法证据排除针对的是单个的违法取证行为,但违法的诱惑侦查是针对整个的诱惑侦查过程。因此,非法证据排除规则难以适用于违法诱惑侦查行为。与德国法相同,我国刑法也未规定个人排除刑罚事由条款,因此我国不具备引入个人排除刑罚事由说的条件。我国可以在抛弃从宽处罚说和非法证据排除说的基础上,引入诉讼障碍说,将违法诱惑侦查视为无法排除的程序障碍,纳入《刑事诉讼法》第16条第6款规定的“其他法律规定免于追究刑事责任的”情形中,在诉讼的侦查、审查起诉和审判阶段发现诱惑侦查违法的,则应当依法撤销案件、不起诉或终止审理。

需要说明的是,确立不得处罚的立场并不会导致所谓的“一刀切”的结果,也不会恶化毒品犯罪的总体形势。

一方面,确立不得处罚的立场,是以合法性标准的一次权衡和引诱力度的二次权衡为基础的,并不会导致司法机关僵化处理案件。前者适用于判断机会提供型诱惑侦查中侦查机关的行为是否过当,后者适用于判断尚未达到违法程度的诱惑侦查对量刑的影响程度。司法机关在处理诱惑侦查问题时,首先须判断诱惑侦查是否合法。在判断时,既要考虑被诱人主观犯意的有无及其强弱,也要考虑侦查机关诱惑的力度以及是否超过必要限度。因此,犯意引诱型诱惑侦查以及引诱力度超过必要限度的机会提供型的诱惑侦查

[57] 例如C市某检察院2021年2月处理的陈某某贩卖毒品案。陈某某在将毒品贩卖给隐匿身份人员李某某时,被民警查获。民警当场从陈某某处查获毒资,从李某某处查获毒品。检察机关经审查发现,本案系犯意引诱,陈某某在案发前没有犯罪前科。李某某作为隐匿身份人员找到陈某某代购毒品并支付报酬,但陈某某明确表示自己没有购毒渠道,后李某某与毒品提供者联系好后由陈某某前往取货,既向其提供毒资,又向其提供购毒渠道。根据最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理毒品犯罪案件收集与审查证据若干问题的意见》第48条第3款的规定,检察机关排除了涉案毒资、毒品等证据,以证据不足为由对陈某某作出不起诉决定。

均属违法之列。如前述 Akbay and Others 诉德国案。该案中诱惑侦查启动时第一申诉人便有贩卖毒品的嫌疑,所以侦查机关的行为不属于犯意引诱,但是结合案件的所有情况来看,侦查机关的引诱力度明显过当。总体而言,虽然被引诱人主观上有犯意,但是侦查机关的行为对犯罪的实施起到更大作用,因此诱惑侦查行为是非法的。法官在判断机会提供型诱惑侦查是否合法时,需要综合案件的所有情况判断引诱力度的强弱程度,这是一种较为灵活的权衡机制。对于引诱力度较弱、尚未达到违法程度的诱惑侦查,由于存在引诱因素,被引诱人主观的有责性减弱,司法机关可以根据引诱力度的强弱,对被引诱人予以不同程度的从宽处罚。

另一方面,在毒品案件侦办的实践中,诱惑侦查主要适用于零包贩毒案件,引诱的对象绝大多数是“以贩养吸”的吸毒者。即便确立违法诱惑侦查不处罚被引诱人的基本立场,导致部分零包贩毒案件无法侦破,也不会恶化毒品犯罪的整体形势。因为,只要毒品被运输到境内,吸毒者出于生存需要,就不可避免地会参与毒品的分销。在毒品市场强大的需求驱动下,侦查机关无论采用何种侦查手段,都不可能完全禁止这一毒品流通的最后环节,诱惑侦查也不例外。结合毒品犯罪的总体形势和我国诱惑侦查的司法实践状况可以发现,在打击毒品犯罪中更重要的是减少毒品来源。毒品来源一般分为境外输入和国内制造。毒品犯罪的打击重点应是国内的非法制造毒品行为和国际的非法毒品走私行为,而非零包贩毒行为。因此,确立不得处罚的立场不会恶化毒品犯罪的总体形势。需要澄清的是,笔者只是反对将诱惑侦查用于零包贩毒案件的侦查,并不反对对大宗贩毒案件启动诱惑侦查。

在进一步发展、完善诱惑侦查相关规定时,应注意以下两点。

其一,打击犯罪不应影响正当程序的建设。现代刑事诉讼的核心概念是正当程序,正当程序的核心思想是政府追究犯罪的一切活动,必须通过适当的法律程序进行。在正当程序的理念下,国家追究犯罪的行为和人民的权利保障之间必须达致平衡,^[58]违反正当程序的政府行为必须承担相应的法律后果。作为主动型的侦查方式,诱惑侦查一方面有利于侦查毒品犯罪等疑难案件,另一方面极易导致国家制造犯罪,因此适用诱惑侦查尤其需要遵守正当程序。毒品犯罪向来是我国打击犯罪的重要内容之一,特别是党的十八大以来,禁毒工作再次被提高到重要高度,在毒品犯罪形势依然十分严峻的情况下,对诱惑侦查制定严厉的违法性后果,可能会引起司法实务人员的担心。但是如前所述,我国诱惑侦查主要适用于零包贩毒案件,对减少毒品的境外输入和国内制造毒品的犯罪行为并未造成显著影响,因此严格控制诱惑侦查并不会影响打击毒品犯罪的整体形势。正如前述的德国经验,近十年来毒品犯罪数量日益攀升,并未妨碍德国联邦最高法院对违法诱惑侦查法律后果的立场从从宽处罚说转向诉讼障碍说,这说明打击犯罪不应该妨碍正当程序的建设。相反,我们应当通过对违法诱惑侦查法律后果的强化规制,实现诱惑侦查的法治化运行。

其二,我国应主动顺应国内及国际刑事司法发展的趋势,细化诱惑侦查的法律规定。

[58] 参见孙长永著:《探索正当程序——比较刑事诉讼法专论》,中国法制出版社 2005 年版,序言第 4 页。

2012年我国修改刑事诉讼法时将司法实践中适用多年的诱惑侦查措施纳入立法,实现了诱惑侦查法治化运行的第一步,也响应了《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》(*The United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*)、《联合国打击跨国有组织犯罪公约》(*The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*)以及《联合国反腐败公约》(*The United Nations Convention Against Corruption*)的相关规定,但这些与域外规制诱惑侦查的力度相比,仍差距较大。除了授权侦查机关自行决定启动诱惑侦查以外,《刑事诉讼法》仅在第153条中规定“不得诱使他人犯罪”,而对于诱使他人犯罪的法律后果却并未作出规定。因此,该条仅是训示规则,而非效力规则。加之《纪要》并不属于司法解释,我国也不采用判例制度,因此从总体上看,与德国通过判例确立的诉讼障碍说以及其他法治国家的诉讼终止说或者实体无罪说相比,我国在立法层面对违法诱惑侦查的法律后果的规定呈现空白状态。在人权保障日益国际化的形势下,我国应该主动顺应时代潮流,积极借鉴域外经验。从比较法的角度来看,在诱惑侦查违法的情况下不处罚被诱人,是世界性的发展趋势。因此,我国应立足本国司法实践,反思与国际刑事司法趋势之间的差距,将不得处罚确立为违法诱惑侦查的基本立场,引入诉讼障碍说,以减少甚至杜绝不当诱惑侦查措施的适用。

[本文为作者主持的2020年度重庆市博士后研究项目特别资助项目“诱惑侦查制度实施问题研究”(渝人社办[2020]379号)的研究成果。]

[Abstract] In its judgment of “Drug Case in 2015”, the German Federal Supreme Court maintained the comprehensive approach to the legality standard of entrapment, but changed the approach to the legal consequences of entrapment from sentencing solution to procedural impediment theory. The direct cause was the judgment by the European Court of Human Rights, but the adoption of procedural impediment theory was fully in line with German criminal procedure legislation, criminal procedure theory and judicial practice. With the internationalization of criminal justice, the establishment of procedural impediment theory reflects the overall trend and provides China with a valuable reference for the perfection of its own rule of entrapment. China should based on domestic legal practice, reflect on the gap between the domestic system and the trend of development of international criminal justice, establish the basic position that “the state shall not punish the incited person if the state violates the law and incites a crime”, and adopt the procedural impediment theory.

(责任编辑:贾元)