

正当程序、经济推理与“警察圈套”^{*}

刘 磊

内容提要:在“警察圈套”的司法审查标准问题上,美国联邦法院判例及学术界有“主观审查标准”与“客观审查标准”之争。从保护被引诱人人权角度看,两种审查标准均有可能造成人权保护中的法律漏洞,运用经济分析方法审查可以对之进行相应的弥补。根据科斯的经济理论,通过立法确定被引诱人的基本人权,降低交易成本,以使“第三方监督”产生实效,能够更有效地防范侦查机关滥用诱惑侦查权,也更实际可行。对被引诱人的初始权利的立法界定以及降低其维权成本,可以看作是吓阻警方违法侦查以解决警察圈套问题的关键。如果被诱人系事前无犯罪倾向者,根据正当程序原则,国家机关可能因此丧失公诉权。即使被诱人具有事前犯罪倾向,也应当允许法院对警方恶劣的引诱行为进行司法审查,在量刑幅度上保护被诱人。非法证据排除规则难以吓阻警察的诱捕侦查行为,通过减轻被引诱人的证明责任以及限制犯罪前科证据的使用,能够更有效地保护被引诱人的正当权益。

关键词:非法证据 经济推理 警察圈套 司法审查 诱惑侦查

刘磊,苏州大学法学院副教授。

所谓“警察圈套”是指侦查机关运用“诱人入罪”方式而导致通常守法之人从事犯罪或以其他方式制造新犯罪。在刑事司法中,对于毒品犯罪、有组织犯罪、恐怖犯罪等特定的犯罪类型^[1],使用传统侦查方法已很难奏效,国家机关有可能利用“人性的弱点”在侦查方法上“推陈出新”,使用“诱人入罪”的侦查手段来实现绩效考核。采取的方法诸如,或教唆“立功心切”的线民挑唆无事前犯意者贩卖毒品,或伪装成毒品提供者以超低价向有犯罪前

* 2012 国家社科基金项目“刑事程序法的功能研究”之研究成果,项目批准号:12CFX044;2011 教育部人文社科项目,项目批准号:11YJC820070。

[1] 在美国刑事司法中,除毒品犯罪外,侦查机关在武器交易、贩卖淫秽物品、以儿童为对象的性犯罪、犯罪销赃、跨国洗钱、组织偷渡、非法移民等诸多案件中均可能使用诱捕侦查,提供机会型的诱捕通常不构成警察圈套(也有例外),但诱使他人产生犯意及直接导致犯罪产生的诱捕行为则会成立警察圈套。理论上,警方在任何犯罪类型上均可能使用“警察圈套”,例如警员诱使他人杀人则应当成立教唆犯而追究其罪责(但是警员通常拥有一定的法律素养,引诱他人从事故意杀人等人身犯罪的情形可谓鲜见)。在司法实践中,对于毒品犯罪、恐怖犯罪(为国家安全警方试图诱捕“潜在恐怖分子”)、有组织犯罪(例如洗钱罪、偷渡犯罪)以及特定的图利犯罪(买卖武器、制造伪钞等),侦查机关使用引诱手段犯罪的概率远远高于其他犯罪类型。参见 Paul Marcus, Presenting, Back from the (Almost) Dead, the Entrapment Defense, 47 Fla. L. Rev. 205 (1995), pp. 231 - 235。

科者兜售毒品,或向制毒者提供用于制毒的化工原料以诱使其制造冰毒等等。但是,侦查机关运用引诱手段进行侦查却可能产生“制造犯罪”的结果,因此倍受学界的非议。很多学者主张,如果不对侦查机关“诱人入罪”行为进行相应的实体性与程序性制裁,有可能使侦查程序沦为保护人权中的重灾区。^[2] 有学者甚至认为,如果立法上剥夺刑事被告人向法院提起“陷阱抗辩”的权利,秘密诱捕侦查的实践后果有可能是“制造的问题比其解决的问题更多”。^[3]

借鉴美国法院的判例与学说,笔者在分析总结美国“陷阱抗辩”制度利弊得失的基础上,结合我国新刑事诉讼法的相关规定,适度引入经济分析方法来研究警察圈套的司法审查标准,并在合理借鉴他国经验的基础上,对我国刑事侦查程序中诱捕侦查问题进行研究,探究我国诱捕侦查的法律规制方法及改革方向。

一 美国依据正当程序原则审查“警察圈套”的判例及学说

“正当程序”分为“实体性正当程序”与“形式上正当程序”。根据美国联邦法院判例,被告人对警察圈套提起陷阱抗辩后,法院有权根据实体正当程序宣告被告人无罪。不过,直至上世纪初,美国联邦法院才赋予刑事被告人针对诱发犯意的侦查行为提起“陷阱抗辩”的权利^[4],如果警方的诱捕行为被法院宣告为“警察圈套”,司法机关则必须放弃对被告人的追诉或减轻量刑甚至免除罪责。^[5]

(一) 美国联邦法院审查“警察圈套”的相关判例与审查标准争议

自1932年“索里尔斯诉美国”(Sorrells v. U. S.)案件伊始,美国联邦法院之后通过诸多判例肯定了刑事被告人陷阱抗辩权。但是,对于如何识别或判断警察圈套问题,美国联邦法院的司法审查标准一直未能统一,其中争议的主要焦点集中在“主观审查标准”与“客观审查标准”不同立场间的对立上(以下简称“主观说”与“客观说”)。

1. “警察圈套”的审查标准:主观说与客观说之争

对于侦查机关的行为是否构成“引诱”,美国联邦法院认定的司法审查标准前后存在着差异。对于刑事被告人陷阱抗辩的正当性与否问题,主观说的支持者认为应当根据“被告人有无事前犯罪倾向”来判断,客观说的赞成者则认为应当根据“警察诱捕行为是否正当”来审查。^[6] 亦即,前者主张将被引诱者区分为“不谨慎的无辜者”与“不谨慎的犯罪者”,之后

[2] Doug Nesheim, Criminal Law Entrapment: Illegal Police Conduct Gets Stung by the Entrapment Defense in State v. Kummer, *North Dakota Law Review*, Vol. 69, Issue 4 (1993), pp. 85-986; J. C. Levy, Police Entrapment—A Note on Recent Developments, *Saskatchewan Law Review*, Vol. 35, Issue 2 (1970), p. 183.

[3] 参见陈运财:《诱捕侦查——兼评日本最高裁平成16年第一小法庭1815号大麻取缔法违反等案件》,《法令月刊》2007年第9期;吴巡龙:《论诱捕侦查》,《月旦法学杂志》2007年第2期;萧龙吉:《诱捕适法性之检讨》,《律师杂志》2003年第7期。

[4] 在1915年“Woo Wai v. U. S.”案之前,美国法院认为,即使是警方控制下的线人参与实施犯罪,应当对线人的犯罪行为定罪,被引诱者一旦实施了犯罪,也不得借口警方的引诱行为而豁免罪行。Rebecca Roiphe, *The Serpent Beguiled Me: A History of the Entrapment Defense*, *Seton Hall Law Review*, Vol. 33, Issue 2 (2003), pp. 257-302.

[5] 美国半数左右的州将陷阱抗辩权利写入了刑法典,其他州即使未能明确通过立法加以确认,但在判例中均赋予刑事被告人相应的抗辩权利。John E. Nilsson, Of Outlaws and Offloads: A Case for Derivative Entrapment, *Boston College Law Review*, Vol. 37, Issue 4 (July 1996), pp. 743-747.

[6] 参见王秀梅等:《美国刑法规则与实证解析》,中国法制出版社2007年版,第203-206页。

再视情形决定是否成立“警察陷阱”^[7]；后者则主张不必拘泥于被引诱人事前有无犯意，只要警方“恶劣的行为”符合“超过通常的引诱标准”，即构成警察圈套。^[8]

在“索里尔斯诉美国”一案中，因刑事被告人原本“无事前犯罪倾向”且系侦查机关故意引诱所致，所以联邦最高法院认为侦查机关的诱陷行为既违反“禁酒令”的立法目的（落入警察圈套的刑事被告人并非美国禁酒法案的惩罚对象），也因侦查机关使原本无辜之人落入警察圈套而有“制造犯罪”之嫌，所以最终推翻了初审法院的有罪判决。^[9] 联邦最高法院在1958年的“谢尔曼诉美国”（*Sherman v. U. S.*）案中又重新肯定了“主观检验”标准，认定“被告事前有无犯罪倾向”是判断警察圈套成立与否的基础，警方如果引诱“易上钩的罪犯”则属合法行为。^[10] 随后，联邦最高法院在“美国诉拉塞尔”（*U. S. v. Russell*）案又重申了主观审查标准，如果刑事被告人在警察引诱前有明确的犯罪倾向，对其定罪并不违反联邦宪法第五修正案中的正当程序条款。^[11] 在1976年的“汉普顿诉美国”（*Hampton v. U. S.*）一案中，被告人承认其有“事前犯罪倾向”，但认为警方控制下的线民曾数次向其提供海洛因且代替被告人再将毒品贩卖给缉毒局探员，警方的引诱行为才是导致被告人犯罪的祸首，而联邦最高法院仍然驳回了被告人异议，判决书多数意见认为只有事前无犯罪倾向的人才有权主张“陷阱抗辩”。^[12] 之后在著名的“雅各布森诉美国”（*Jacobson v. U. S.*）案处理上，联邦法院的多数意见要求检察官应当将“被告事前犯罪倾向”证明至“排除合理怀疑”的标准，亦即间接承认“事前犯罪倾向”仍然是审查判断警察陷阱成立与否的关键所在。^[13] 至于如何审查“事前有无犯罪倾向”，根据联邦上诉法院1985年的判例，应当根据“被告人品格与名声”、“是否由警方主动提出犯罪建议”、“被告是否从犯罪行为中受益”、“被告人是否曾经拒绝”、“引诱行为的时机”等因素来综合判断。^[14]

与主观说的立场相反，客观说主张“事前犯意的有无”并非判断警察陷阱成立与否的关键，侦查机关的不适当的引诱行为本身才是应当关注的重点。美国《模范刑法典》采客观说，除犯意引诱型侦查行为外，如果被告人相较检控方有更为优势的证据能够证明其犯罪行

[7] *Sherman v. U. S.*, 356 U. S. 372, 383 (1958).

[8] *Hampton v. U. S.*, 425 U. S. 489 (1976).

[9] *Sorrels v. U. S.*, 287 U. S. 435, 441-453 (1932). 该案基本案情如下：美国于1920年出台立法，规定私人违法贩卖酒类可成立犯罪（该立法饱受社会抨击最后于1933年被废除），1932年警察 Martin 乔装试图引诱 Sorrels 贩酒，Sorrels 最初两次拒绝了引诱，但 Martin 以自己一战老兵的相同经历及声称不饮酒会全身不舒服骗取了 Sorrels 的信任，最终 Sorrels 向其贩卖半加仑的威士忌。

[10] *Sherman v. U. S.*, 356 U. S. 372 (1958). 该案的犯意引诱由警方线民来完成，线民在医院内与 Sherman 偶然相遇，在骗取信任后要求 Sherman 向其提供麻药缓解痛苦，Sherman 原本已决定不再犯罪，但在该线民的反复引诱下贩卖了麻药。首席法官沃伦（Warren）在本案中指出：本案中如果没有政府的引诱行为，被告人是不会实施犯罪的，所以政府的引诱行为不应当被允许。

[11] *U. S. v. Russell* 411 U. S. 423 (1973). 该案与早期的案例案情上有所不同，秘密探员的引诱犯意行为并不明显。本案中警察参与制造毒品并向被告提供制作毒品的重要原料苯基丙酮（Phenyl - 2 - Propanone），被告人在秘密探员的帮助下制造出甲基苯丙胺（俗称冰毒）。

[12] *Hampton v. U. S.*, 425 U. S. 489 (1976).

[13] *Jacobson v. U. S.*, 503 U. S. 540 (1992); Lance B. Levy, *Criminal Law—The Sting of Government Operations: An Analysis of Predisposition as It Relates to the Entrapment Defense—Jacobson v. United States*, 26 *Suffolk U. L. Rev.* 1177 (1992), pp. 1178-1185. 该案中出现了典型的警察引诱行为，被告人 Jacobson 原本不想购买儿童色情杂志，但在联邦邮政调查探员的引诱下购买了色情杂志因而遭到拘捕。本案判决书中，多数意见认为应当要求检察官履行举证义务，证明被告人事前有犯罪倾向，法官 O'Conner（奥康纳）则认为，排除合理怀疑的证明标准过高，判断事前有无犯罪倾向应当以被告犯罪时为准，而非政府人员首次接触被告之时。

[14] *U. S. v. Hsieh Hui Mei Chen*, 754 F.2d 817, 821 (9th Cir.), cert. denied, 471 U. S. 1139 (1985).

为系侦查机关所诱使,有可能成立陷阱抗辩。^[15] 美国目前约有 16 个州的刑法典采用客观审查标准,例如,根据阿拉斯加《刑法典》第 11 条第 81 款之规定,如果侦查机关的引诱行为足以使“一般人”实施犯罪,则构成警察圈套。^[16] 以前述“美国诉拉塞尔”案为例,对于秘密探员向被告提供制作毒品的化学原料(苯基丙酮)的引诱行为,主观说支持者认为该案被告人因已有“事前犯意”所以不成立陷阱抗辩(允许警方对已具有“事前犯罪倾向”者肆意引诱),客观说论者则认定该案警方行为足以使普通人“上钩”而实施犯罪,因此构成警察圈套。客观说最初由罗伯特(Robert)法官于“索里尔斯诉美国”案中代表少数意见提出,为了确保“司法廉洁”不应当允许警方过度的引诱行为。^[17] 正如法兰克福特(Frankfurter)法官在“谢尔曼诉美国”案所指出的那样,只要警方的引诱行为足以使“通常情况下守法之人”实施犯罪即能够成立警察圈套。^[18]

对于警察圈套的认定标准问题,主观说论者主张将引诱对象分为“事前已具犯意者”(易上钩的犯罪人)与“事前无犯罪倾向者”(误入警方陷阱的无辜者)再作判断,客观说支持者则直接从侦查行为本身是否合法、适度来进行审查,即将引诱行为区分为“适当的引诱行为”与“不适当的引诱行为”,具体可参见下列图表^[19]:

是否成立警察圈套	警方引诱前已有犯意者	被引诱者事前无犯意
合法、正当的引诱行为	类型一 客观说:不成立 主观说:不成立	类型二 客观说:不成立 主观说:成立
不合适的甚至恶劣的引诱行为	类型三 客观说:成立 主观说:不成立	类型四 客观说:成立 主观说:成立

在上述四种情形中,存在争议的为类型二与类型三。如果被引诱者事前无犯意,即使侦查行为并无不当,主观说下仍然可能成立警察圈套;如果侦查机关不适当的行为引诱已有犯罪倾向者实施犯罪,主观说下不构成警察圈套,但在客观说下仍有可能构成警察圈套。

2. 主观说与客观说均不足以保护被引诱人的正当利益

(1) “机会提供型”侦查行为仍可能成立警察圈套——客观说的失当之处

如果某种引诱行为通常情形下不易引诱成功,亦即普通人对侦查引诱行为有相应的“免疫力”时,依据客观说认定不成立警察圈套的论断值得推敲。例如,警察故意当众显露 2 千元美钞诱使他人盗窃,该引诱行为并非十分“恶劣”,通常情形下普通人对之有相应的免

[15] Model Penal Code, § 2.13(1985).

[16] Myron Moskowitz, *Case and Problems in Criminal Law* (Third Ed.), Anderson Pub., p. 346 (1996).

[17] 美国亦有学者认为,Robert 法官并非完全否定被告人事前犯意对认定警察圈套的作用。但总体而言,Robert 观点已与传统的侧重审查被告事前有无犯罪倾向的学说有所不同,其主张应当根据被告行为与警方引诱行为有无客观因果关系来判断。Jonathan C. Carlson, *The Act Requirement and the Foundations of the Entrapment Defense*, 73 *Va. L. Rev.* 1011 (1987), p. 1029.

[18] *Sherman v. U. S.*, 356 U.S. 383 - 384 (Frankfurter, concurring).

[19] Roger Park, *The Entrapment Controversy*, 60 *Minn. L. Rev.* 163 (1975 - 1976), p. 199; Damon D. Camp, *Out of Quagmire after Jacobson v. United States: Towards a More Balanced Entrapment Standard*, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 83, Issue 4 (Winter 1993), p. 1075.

疫力而不至于因此犯罪,但也不能排除特殊个体因警方引诱行为而选择犯罪的可能性。^[20]在司法实践中,警方采用适当方式“提供犯罪的机会”,虽然普通人难以被引诱,但少数人却仍有被引诱的可能性,以“守法的普通人”为审查标准却会导致“少数人的权利”被忽视。所以,客观审查标准首先受学界与实务诟病的即是其客观标准的不明确性,刑事被告人的陷阱抗辩权利在客观说下反而受到一定的限缩。

此外,客观说也会因其过度侧重于警方引诱行为的判断而忽视被引诱人事先犯罪倾向的关注,有可能导致“处罚漏洞”或不合比例的结果。对于已有犯意的潜在犯罪人,如果因为警方不适当的行为而赋予“陷阱抗辩”的权利最终获得无罪判决,将会造成处罚上的漏洞。^[21]

(2) 事前具备犯意者将会丧失“陷阱抗辩”的权利——主观说面临的难题

如果行为人在被引诱之前已具备明确的犯罪倾向,侦查机关即使以“恶劣的引诱行为”对其引诱,则不构成警察圈套。主观说注重审查被引诱人事前犯罪倾向的有无,这虽有利于保护无事前犯罪倾向之人的权利,但对于常业犯、惯犯、有组织犯罪而言却无任何保护力度。所以,主观说易受诟病的是:如果侦查机关不仅仅提供犯罪的机会,还利用卧底探员、线民、乔装探员引诱甚至教唆等方法使已有犯意之人从事新的犯罪,不对之进行任何实体法上的非难与程序性制裁是有问题的。例如,当被引诱人事前具有严重的犯罪倾向(例如以组织他人偷渡为常业),侦查机关只要通过控制下的“线民”进行引诱再对其诱捕,在主观说下引诱行为将会被视为合法,被告人在定罪与量刑上均丧失“陷阱抗辩”的权利。

此外,由于在实践中,检控方只要举出刑事被告人的品格证据与犯罪前科证据即能够证明被告具有“事前犯罪倾向”。所以在司法实践中,有犯罪前科的被告人对警察圈套即使提起异议也往往会被法院驳回。主观审查标准将会使法庭的审查焦点集中在被告人之前有无不良行为或犯罪前科上,有可能使得有犯罪前科的被告人受到不公正的对待。^[22]

(二) 美国“陷阱抗辩”规则的发展动向

美国《模范刑法典》中规定了警察圈套可以作为可能的免责事由,联邦宪法判例也确认了刑事被告对警察圈套提起“陷阱抗辩”的权利,但总体而言仍有规则上的欠周密之处。

1. “警察圈套”的实际处理方法:从“积极抗辩”转向“酌情减刑”

据美国学者研究,被告人向联邦法院提起陷阱抗辩试图免除刑事责任的成功率很低,美国刑事司法运作的现实是,将绝大多数警察圈套的申请以“不充分的抗辩”(imperfect defense)处理。根据美国联邦法院《量刑指南》的相关规定^[23],即使被告人举证不足难以实现“完全充分的抗辩”,如果被告人系被胁迫、强迫或无奈参加犯罪,法院有权适度减轻被告人的刑罚。当被告人以警察圈套为由提起陷阱抗辩失败后,仍然可以在量刑程序中请求法官根据《量刑指南》的“衡平量刑情节”规定减轻刑罚。例如,实践中就有侦查机关存在“数量引诱”导致被告人毒品交易的数量远远超过其通常的交易量,美国联邦第九上诉法院减

[20] [美]约书亚·德雷斯勒、艾伦·C. 迈克尔斯:《美国刑事诉讼法精解》,吴宏耀译,北京大学出版社 2009 年版,第 592 页。

[21] William J. Beard, Procedural Controversy in the Defense of Entrapment, 9 S. Tex. L. J. 203 (1966), pp. 203 - 215.

[22] Aubry Matt Persnell, Entrapment Defense: A Cry for Decisiveness, Consistency, and Resolution, 14 Miss. C. L. Rev. 163 (1993), pp. 185 - 189.

[23] U. S. Sentencing Guidelines Manual § 5K2.12 (1987).

轻了被告人刑罚的判例。^[24] 虽然,是否支持对不充分的陷阱抗辩在法定最低刑以下进行量刑,美国各上诉法院的立场并不统一^[25],但一般而言,联邦法院系统倾向于认定“不充分的抗辩”能够参酌《量刑指南》5K2.12的规定减轻被告人刑罚,而且被告人只需证明警察圈套的存在达至“表面证明”(prima facie)即可。总体而言,美国联邦法院对警察圈套的认定相当谨慎而导致刑事被告人往往放弃陷阱抗辩的权利。

2. 学说发展的新动向:“混合理论”的出现

为了调和主观说与客观说的立场对立,有学者提出“两步审查”(two-step analysis)法,主张结合主观说与客观说各自的精髓而分步骤地审查警察圈套的成立与否。“两步审查”法的核心如下:首先,法院应当审查侦查机关的“引诱”行为是否属“不适当的行为”,即足以使通常守法之人实施犯罪,刑事被告人则应当对此负举证责任;之后,法院应当重点审查“被告人是否被引诱实施犯罪”,法院应当慎重评估“被告人之前的犯罪前科或不良行为”再决定“诱发犯意”是否成立。刑事被告方不仅须证明其“原本无犯罪意图”,还要证明侦查机关的引诱行为足以使“任何理性之人”产生犯意。^[26] 易言之,如果刑事被告人能够证明侦查机关过度的引诱行为足以使通常理性之人实施犯罪,即可根据陷阱抗辩权利主张免除罪责。另有学者主张“三方审查”(three-step process)法,即首先由法院审查侦查机关是否有不适当的引诱行为之存在,之后再由检察官举证证明刑事被告人存在“事前犯罪倾向”,再由陪审团或法官判断引诱行为与“事前犯罪倾向”之关联。如果刑事被告人的“事前犯罪倾向”非常强烈而导致引诱行为的作用“可以忽略”,侦查机关的引诱行为则不构成警察圈套。^[27] 总体而言,美国学者倾向于调和主观说与客观说,递进式地审查被告人主观倾向与警方引诱行为是否成立以及相互间的因果关系。此外,受美国判例影响的加拿大联邦法院也持“混合理论”立场,其判例认为“只有在合理怀疑某人已涉入犯罪活动时”,才可以进行诱捕而且诱捕手段不得诱使他人产生犯意。^[28]

二 经济学思维对确立“警察圈套”审查标准之意义

百年前,美国联邦最高法院法官霍姆斯曾云:“在理性研究法律问题上,文本主义者也许是现在的当令者,但是未来则属于统计人与经济学的专精者。”^[29] 如果法律人能够接受经济学的基本立场与分析模型,把握时机制定规则并发挥法院的能动性以在各方的利益中寻求平衡,法律人在法律议题上接受“经济思维”,也许能够避免“行动中的法”与“纸面上的法”的互相冲突。

[24] U. S. v. Hulett, 22 F.3d 779 (8th Cir.), cert.

[25] Suzanne Mitchell, Clarifying the United States Sentencing Guidelines' Focus on Government Conduct in Reverse Sting Sentencing, 64 *Geo. Wash. L. Rev.* 746 (1995-1996), pp. 761-772.

[26] Aubry Matt Persnell, Entrapment Defense: A Cry for Decisiveness, Consistency, and Resolution, pp. 189-191.

[27] Damon D. Camp, Out of Quagmire after Jacobson v. United States; Towards a More Balanced Entrapment Standard, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 83, Issue 4 (Winter 1993), p. 1086; Gideon Yaffe, The Government Beguiled Me: The Entrapment Defense and the Problem of Private Entrapment, 1 *J. Ethics & Soc. Phil.* 1 (2005-2006), pp. 36-37.

[28] Barnett M. Sneiderman, A Judicial Test for Entrapment: The Glimmerings of a Canadian Policy on Police-Instigated Crime, 16 *Crim. L. Q.* 81 (1973-1974), pp. 105-111.

[29] Oliver W. Holmes, The Path of the Law, 10 *Harvard Law Review* (1897), p. 469.

(一) 运用经济学思维分析警察圈套的可行性分析

1. 经济分析方法的可能贡献: 寻求革除司法沉疴的最小成本

既然法律因缩减“交易成本”而产生,法律解释学亦应当考虑经济变量;既然经济学为“经世济用”之学问,其所探寻的不应只是内部逻辑一致的抽象模型或智力游戏式的“黑板经济学”,经济分析方法引入法学研究及司法改革的目的也应当以追求现实性与有效性为目标。^[30] 经济学分析方法甚至有可能使刑事诉讼学术研究超越传统的“权力—权利”二元对立的研究方法,既能使研究者对实务问题的剖析更为清晰透彻,更能寻找出边际成本相对较低的改革方法,最终使学术研究呈现方法论上的多元化。

(1) 诱捕侦查的“边际成本”分析——以 S 市为例。经济学上的“边际成本”(marginal cost)概念,是指企业每增加一单位产量时总成本的增加量。通常,相对固定成本而言,边际成本属于“可变成本”,与“平均总成本”成正比关系。^[31] 易言之,每一产品的边际成本与全部产品的平均总成本存在差值,随着产量的提高形成 U 型成本曲线图。“外部成本”则是指产品在产生边际收益的同时,虽然对他人及社会所造成的负面影响与公共支出,但往往却不由生产企业承担的成本(例如产品造成的环境污染成本)。^[32] 根据制度经济学原理,某一制度的运作成本是由固定成本 + 边际成本 + 机会成本 + 外部成本 + 交易成本等组成的,如果一定时空下各项成本之和高于其全部“边际收益”(marginal benefit),某一制度的运行将可能是低效率的。

如果可以将侦查机关类比为诱捕侦查行为的“生产企业”,侦查机关有可能会通过扩大诱捕行为的“产量”从而降低其边际成本。而在扩大产量的过程中,侦查机关是否能够严格遵守刑事诉讼法“禁止引诱他人产生犯罪”的规定则成疑问。例如,根据我国学者对 S 市五区一县“诱惑侦查”的实证分析,我国刑事司法实践中“诱捕侦查”的案件数量与定罪率则能够印证“边际收益递增”规律。从 S 市毒品犯罪的侦查方式统计数据来看,副省级城市 S 市 2008 年至 2011 年四年间对贩卖毒品案件进行“诱惑侦查”的共计 351 件,其中的“批捕率”及有罪定罪率均近 100%,毒品犯罪高发城区的诱捕率也远远高于犯罪率较低的区县,S 市某区的诱惑侦查率甚至高达 75%。^[33] 与经济企业增加“产量”以降低平均成本及边际成本的做法相似,实践中侦查机关为了降低“边际成本”,往往会提高诱捕行为的比例(诱捕案件总量的增加有利于降低平均成本进而降低边际均衡点后的办案成本)。由于在一定时期内,侦查机关办案的固定成本是不变的,要提高侦查的效率与抓捕的成功率,在机会成本较高的情况下(短时期内警力有限、办案经费不足),降低边际成本无疑成为其可能的选择。由于降低边际成本的主要方法往往是通过提高“产量”完成,侦查机关通过扩大诱捕的范围、提高抓捕率、控制“立功心切”的线民等侦查手段出现的几率无疑会增加。

[30] 参见简资修:《经济推理与法律》,元照出版公司 2006 年版,第 16 页。

[31] 例如,如果咖啡生产企业将咖啡产量从 2 杯增加到 3 杯,总成本从 3.8 美元增加到 4.5 美元,第三杯咖啡的边际成本即是 0.7 美元(4.5 美元减去 3.8 美元)。参见[美]曼昆:《经济学基础》,梁小民译,北京大学出版社 2010 年版,第 202 页。

[32] Samuel Huntington, Rapid Emergence of Marginal Cost Pricing in the Regulation of Electric Utility Rate Structures, 55 *Boston. U. L. Rev.* (1975), pp. 758 - 760.

[33] 经济越发达的区县,警方掌握诱捕侦查的能力相对较高,实施诱捕侦查的比例也会更高,在刑事被告人的认罪率与定罪率接近 100% 的情形下,警方进行诱捕侦查的各项成本之和越低,以诱捕方式侦办毒品犯罪的边际成本与平均成本也越接近。参见薛培、郑家明:《贩卖毒品案件中的诱惑侦查——以成都市 W 区、X 区及 J 县为研究样本》,《中国刑事法杂志》2012 年第 3 期。

(2)被引诱人与侦查机关的“交易成本”分析。从制度经济学原理而言,当市场中的“交易成本”为零时,无论初始产权如何配置,交易双方通过市场交换即能够实现资源配置的合理化与效率化。^[34] 公正、透明、成熟的法律规则能够降低纠纷双方的交易成本,进而降低产品的总成本而促进社会财富的增长。对于法律与经济的关系,正如美国法律经济学的代表人物科斯(Ronald H. Coase)所云:“市场中所交易的并不像传统经济学家所通常认为的那样是物理实体,而是行使确定行动的权利,即由法律体系确立个人所能拥有的权利交换。”^[35] 但是,不存在“交易成本”的市场在现实中却是不存在的,所以修正后的“科斯定理”重视法律对“初始权利”(initial rights)^[36]的界定以及权利交易时的成本估算,以使交易主体增加协商的可能性并降低各自的外部成本。^[37]

如果法院根据主观说来审查警察圈套,对于有犯罪前科者而言,其将会丧失与检控方讨价交易的筹码,因而被迫接受有罪判决;而法院如果以客观说进行审查,有“事前犯罪倾向之人”通过举证警方的过度的引诱行为“促使”其实施犯罪将有可能获得无罪判决,或者能够以此与检控方进行交易而在“辩诉交易”程序中获得利益。如果运用经济推理应对警察圈套问题,法院可根据“界定初始权利”与“权衡边际成本与边际收益”来权衡利弊:一是法院应当界定被引诱人的“产权”范围。亦即,法律除保护通常守法之人可能被警方引诱的情形之外,必须通过追加警方引诱行为的“边际成本”(法院对警方过度的引诱行为施以惩戒)保护有犯罪意图者的正当权利;另一方面,如果立法不保护“事先有犯罪倾向”之人的权利,具有事前犯罪倾向之人将会被判决有罪,法院除将警方的引诱情节作为“酌定量刑”因素考虑外,可权衡警方过度地引诱“原已有犯意之人”所造成的由公众被迫承担的“外部成本”与犯罪治理上的边际收益而决定是否适用客观说。除了通过立法保护通常守法之人不因侦查引诱而获罪的“初始权利”外,还应当通过降低因侦查引诱而犯罪的刑事被告人“维权成本”方能发挥实效。如何降低被诱捕实施犯罪之人与警方及检控方的交易成本,发达的律师市场、法院的中立公正、合适诉讼周期、提高审前取保候审比率、提升国家犯罪预防与犯罪矫正的能力、降低公众的犯罪恐惧系数等是降低交易成本的可能选择路径。此外,市场经济需要自身的道德与社会共识基础,如果整个社会能够达成共识反对警方引诱通常守法之人从事犯罪,无疑会减少被引诱人在权利受损时降低维权的成本。

2. 经济思维的引入与“警察圈套”的审查标准

如果警方引诱无任何事前犯意之人实施犯罪,其侦查行为实质上是“制造犯罪”,不仅有违其发现、追诉犯罪的法律角色定位,也会造成额外的外部成本。根据经济学上“成本-效益”模型,审查判断警察圈套成立与否的关键应是考察引诱行为所造成各项错误的成本

[34] 法律经济学上的交易成本概念最早为美国经济学家科斯所首创,科斯反对传统的黑板经济学或经济学的数学化,认为法律上的产权对自由市场的形成至关重要。科斯于1960年在《法律与经济学杂志》发表令其声名大噪的《社会成本问题》一文,认为在市场交易成本为零的情况下,法院对损害责任的判定对双方均不会产生不利影响。Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *J. Law & Economic* (1960), pp. 1-69.

[35] [美] 罗纳德·H. 科斯:《论经济学和经济学家》,罗丽君、茹玉译,上海三联书店出版社2010年版,第12页。

[36] “初始权利”的概念来源于科斯《社会成本问题》一文,所谓初始权利,是指各项法律最初所赋予某一主体的权利,例如产权、人身权、住宅隐私权等,科斯主张市场中所交易的并非仅仅是物理实体(价格),而很可能是各方权利间的交易。参见 Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, p. 15; 莫志宏:《科斯定理与初始权利的界定》,《中国政法大学学报》2008年第5期。

[37] “科斯定理说明,私人经济主体可以解决他们之间的外部性问题。无论最初的权利如何分配,有关各方总可以达成一种协议,在这种协议中,每个人的状况都可以变好,而且,结果是有效率的。”[美] 曼昆:《经济学基础》,第175页。

与其收益之比。依据经济学的思维,假定在一定时空下,毒品犯罪的犯罪率维持在一定的均衡水平,侦查机关为了迎合“遏制毒品犯罪”的多数民意而刻意提高抓捕的人数,并通过各项引诱手段而额外、意外捕获了更多的毒品犯罪者,有可能导致两种严重的后果:一是某些引诱行为导致“通常守法之人”从事犯罪,由于“通常守法之人”往往并非立法者所要追究罪责的对象,将“通常守法之人”等同于“潜在犯罪人”对其入罪化并不符合立法者的立法目的,也不能准确反映犯罪率的真实状况;二是诱捕行为虽在数字上体现了侦查机关的抓捕能力,但却可能导致侦查机关与公众满足于“抓捕数字”而造成“漏斗效应”,“犯罪黑数”假说也因此成为现实。所以,与主观说及客观说不同的是,经济学思维所关注的并非法律文本自身,而是如何平衡各方利益冲突寻求司法改革的较小成本。经济思维与法律思维的具体差异,可以参见以下图示:

是否成立警察圈套?	经济学思维	主观审查标准	客观审查标准
判定的标准	因诱捕行为与犯罪结果具有客观因果关系而出现“制造犯罪”	视被引诱人事前有无犯意而定(有犯意者不成立)	引诱行为是否过度或恶劣而导致“通常守法之人”犯罪
立论基础	警方“制造犯罪”的行为对降低犯罪率或实现“一般预防”无实际作用,此时追究被引诱人罪责无社会效益。	无事前犯意者应当受到绝对的保护	监督、审查侦查机关的不当或恶劣的引诱行为(吓阻警方违法)
审查方法	1、诱捕侦查的各项成本与其收益之比; 2、法院降低被引诱人的“交易成本”能否遏制警方的恶劣引诱行为。	1、有无犯罪前科; 2、被引诱前产生犯意的概率; 3、“决意”犯罪的形成是否因引诱行为而导致等。	1、客观上是否属恶劣引诱行为; 2、引诱行为对“通常守法之人”的引诱程度。

根据美国学者格里杰瑞(Gregory)的分析,只有当预期收益高于预期成本时,法院才能认可警察诱捕行为的合法性。从法经济学视角来看,即使警方对被引诱人施以诱捕,被引诱人因此实施犯罪的概率将视犯罪产生的预期收益与预期成本而定。^[38] 如果以 P 代表被引诱者成功脱罪的可能性, C 代表因无辜守法之人被引诱犯罪而产生的外部成本, O 代表警方诱捕侦查的“机会成本”, S 代表警方诱捕侦查的“污名成本”, H 代表诱捕侦查产生的“防止犯罪损害”的收益, X 代表诱捕侦查相对通常侦查方式产生的边际收益, D 代表“犯罪预防收益”产生的收益,是否允许警方诱捕侦查应当视各项收益减去各种成本后结果而定,公式表达如下:^[39]

$$\text{预期成本} - \text{预期收益} > 0$$

$$\text{预期成本} = (1 - p) \times C + O + S$$

$$\text{预期收益} = p \times (H + X) + D$$

[38] David J. Elbaz, The Troubling Entrapment Defense: How about an Economic Approach, 36 *Am. Crim. L. Rev.* 117 (1999), pp. 134 - 140.

[39] Deis J. Gregory, Economics, Causation and the Entrapment Defense, 2001 *U. Ill. L. Rev.* 1207 (2001), p. 1228.

如果对警方的各项成本以 0 至 10 来表示,外部成本 C(通常守法之人因警方引诱行为而实施犯罪)为 5,警方因引诱行为产生的机会成本 O 为 2,因受公众、媒体等质疑而产生的警方“污名成本”为 1。再假定上述公式中的 H(因犯罪率降低而产生的收益)为 5,X(因诱捕侦查节省办案成本所产生的收益)为 2,D 值为 7。当被引诱者未被追诉或判决无罪的可能性为 40% 时,根据上述公式计算预期总成本为 6,而预期总收益为 9.8,此时因总收益大于总成本,法院应当认可警方引诱行为的正当性。

相比我国刑事诉讼法学界“权利—权力”的传统分析方法,经济分析方法能够超越“法律文本主义”而将研究重心集中在各方利益的博弈过程,即通过权衡各种经济要素而寻求各方利益博弈的“均衡点”以实现权利交易时的平等、自由。^[40]

(二) 经济思维与正当程序的结合

1. 初始权利与救济权利的普适价值

“我们知道最蠢的学者,是试行解释没有发生过的事。……今天经济学的发展,大都与真实世界脱了节。好些自以为与真实世界有关的,其实是一些数字游戏。”^[41]诚如斯言,如果未能精准地理解“科斯定理”的精髓,而只是套用经济学名词或穿凿附会经济学公式解释法律现象,运用经济分析方法的结果可能会适得其反。^[42]

(1) 刑事被告人的防御性权利与救济性权利是抑制警方“制造犯罪”的关键。科斯定理的精髓如下:当初始产权(initial property right)明晰且为立法所明确保护时,交易各方的“交易成本”是决定资源配置能否最优的主导因素。与其引入政府税收等力量的“第三方监督”,不如由交易的当事人各方作为“第二方监督者”更具有实效。^[43]在科斯定理下,初始产权的明晰与交易的自由公平过程是经济学所必须优先研究的问题。^[44]

所以,根据科斯定理可以推论的是:对于无事前犯罪倾向的被引诱者而言,获得减轻量刑或无罪判决的实体性权利与起诉豁免、陷阱抗辩的程序性权利是保障其基本人权的前提。亦即,宪法上不得自证其罪、禁止反言、司法审查原则等“正当程序条款”均系保护被引诱人基本权利的条款。不过,立法中的“宣示性条款”必须在一个成熟、健全的司法系统中付诸实施才能产生实效,刑事被告人行使“救济性权利”的“交易费用成本”往往是决定其提起陷阱抗辩的结果。易言之,现实的司法系统能够在何种程度上保障其救济性权利而不至于出现“冤死不告状”的极端事例,是理性的刑事被告决定是否提起陷阱抗辩的重要缘由。从前述美国刑事司法实践上“警察陷阱”的低上诉率、低成功率现实来看,可以印证:被警方引诱犯罪的刑事被告人发现提起陷阱抗辩往往会遭到检察官的“报复性起诉”、陪审团的歧视,加之被告人举证证明警方引诱犯罪的存在几乎是“不可能的任务”时,其会选择放弃对警察圈套提起异议的权利。

(2) 应当确保被引诱人的基本权利。传统的自由市场主义者主张:市场秩序应当“自生自发”地演进,而非跳跃式发展,过度的政府干预或不顾现实的经济跃进可能导致国民经济

[40] 例如,美国法经济学的代表人物波斯纳法官认为,允许警方诱捕的对象只能是如果无警方引诱通常仍会实施犯罪之人,警方引诱行为仅仅是影响了犯罪行为的产生时间而非制造了新的犯罪。Richard A. Posner, *An Economic Theory of the Criminal Law*, 85 *Colum. L. Rev.* (1985), p. 1220.

[41] 张五常:《佃农理论》,中信出版社 2010 年版,第 XLIV 页。

[42] 参见熊秉元:《走近经济学》,山西人民出版社 2008 年版,第 111 页。

[43] 参见汪丁丁:《从噪声污染和产权界定说到科斯定理的应用界限》,《财经》2001 年第 1 期。

[44] 参见王小卫:《宪政经济学》,立信会计出版社 2006 年版,第 38 页。

的停滞甚至崩溃。作为自由经济学派的代表人物,哈耶克、科斯等在二战后承继亚当·斯密的自由市场学说,主张经济的运行应当遵循“自生自发的秩序”而避免过多的外在干预。^[45]如果信奉自由市场理论,立法与司法的目标是界定各主体的权利边界与降低权利救济成本,而非盲目地超前立法或司法能动,法官必须顺应时势等待民意基础成熟时方能“司法能动”,否则有反民意超越立法之嫌。易言之,立法与司法只能顺应时势“先经济、先民意、后法治”而非“先法治、后经济”。

如果从我国高犯罪率的社会现实及提高侦查机关的效能的角度来看,赋予事前有犯意者提起“无罪抗辩”的权利可能无现实的多数民意基础,更不利于打击犯罪,尤其体现于毒品犯罪等运用传统侦查方法已难以奏效的案件上。如果我国宪法与刑事立法赋予“无事前犯罪倾向”的“通常守法之人”提起“无罪抗辩”的权利,可能会造成所谓的“轻纵犯罪”以及警方的负面声誉,在毒品犯罪态势严峻的现实下,保护人权思维是否符合多数民意似成疑问。相反,在肯定被引诱人有罪的前提下,将警方“数量引诱”行为仅作为酌情减轻量刑因素处理更能够符合侦查机关的利益与多数民意。此外,如果警方对“已有事前犯意者”反复引诱而导致其犯罪,相较客观说而言,主观说更符合“中国国情”。但是,符合多数民意与现实国情的立法却未必能够体现立法必要的前瞻性。例如,以上世纪六七十年代美国联邦最高法院的法治经验为参照,彼时的“沃伦法院”赋予刑事被告人沉默权、律师在场权、非法证据异议权等诉讼权利虽在当时有违反“多数民意”之嫌,但此后的司法实践却证明:“沃伦法院”时期自由派法官有高瞻远瞩的视野与适度司法能动的睿智。“沃伦法院”时期的保护人权判例对世界其他国家也影响深远,刑事被告人律师辩护权、隐私权、听审权等正当权利已成为当代文明国家的基本人权。

其实,从欧美国家刑事法治的经验而论,宪法上的正当程序条款往往先于各国的现实“国情”。例如,欧洲人权法院于 1998 年宣告葡萄牙警方对无事前犯意之人进行诱捕的行为违反《欧洲人权公约》第 6 条“公平审判”条款,应当对此类被告人不予追诉或宣告无罪。^[46]该判例随后影响自视保护人权成效卓著的德国,迫使德国改变“量刑说”(仅仅将诱捕情节作为酌定减轻量刑的因素)而赋予被指控人无罪抗辩的权利。^[47]从欧洲人权发展的历史进程看,“先人权、后民意”的情形也并非罕见,例如以废除死刑的欧洲大陆国家为例,欧洲国家的废除死刑运动中也曾出现“反多数难题”,即在违反多数民意的情况下,在立法上废除死刑。^[48]

2. “混合理论”更能够保护被引诱人的基本权利

所谓“混合理论”,是指法院审查警察圈套时应当将“无事前犯罪倾向”与侦查机关的“不当引诱行为”予以通盘考量,法官判定警方引诱行为是否导致“制造犯罪”应视立法规范的保护目的及被诱人犯罪的几率等因素而定。如前所述,主观说易纵容侦查机关肆意引诱“事前有犯罪倾向之人”,客观说也有不足之处,除非侦查机关的引诱行为“明显过度”否则不构成警察圈套。为了防范侦查机关“制造原本不易出现的犯罪”,即使被引诱的对象为

[45] 参见[英]哈耶克:《法律、立法与自由》,邓正来译,中国大百科全书出版社 2000 版,第 35 页。

[46] ECHR, *Castro v. Portugal*, 44/1997/828/1034. (欧洲人权法院 1997 年判决)

[47] 林钰雄:《国家机关挑唆犯罪之法律效果》,《台大法学论丛》第 35 卷第 1 期。

[48] 除白俄罗斯外,欧洲所有国家均已在立法上明确废除了死刑。参见王玉叶:《欧美死刑论述》,元照出版公司 2010 年版,第 204 页。

“事前已有犯罪意图”之人,特定情形下警方“提供机会型”的诱捕行为也应当允许刑事被告方提起陷阱抗辩。以前述警方提供“苯基丙酮”的情形为例证,由于可制作毒品的原料“苯基丙酮”普通主体很难获得,即使被引诱人具有制造毒品的事前犯意,但造成犯罪产生的决定性因素却可能是警方提供制作毒品原料的行为。此外,即使通常情形下“通常守法之人”不易被引诱,特定的被引诱人因警方不当的行为而实施犯罪也可构成警察圈套。例如,如果乔装警员以远高于市场价格的买价来诱使特定人制作假发票,虽然普通人往往能够抑制警方的引诱行为,但仍会有使“事前无犯罪倾向”之人被警方的高价所引诱,其因图利而实施犯罪。从犯罪学角度论,诱发图利型经济犯罪的发案概率较高,即使事前无犯罪前科者或犯罪倾向者,在巨额的价格引诱下实施犯罪的几率也远高于非图利型犯罪。

三 侦查机关“诱人入罪”行为的法律效果

根据我国 2012 修正的《刑事诉讼法》第 151 条之规定,卧底或秘密侦查行为不得“诱使他人犯罪”^[49],更不得“采用危害公共安全或者发生重大人身危险的方法”。根据现行立法与司法解释的相关规定,被引诱者既无权利对秘密侦查所获证据的资格提起排除证据的申请,更无权以警察圈套为由提起无罪抗辩。^[50]此外,根据《人民法院量刑指导意见》的相关规定,毒品犯罪案件中侦查机关存在“数量引诱的”,对被引诱者减轻刑罚的幅度不得超过 30%。由此可见,对于警察圈套问题,我国立法上的审查标准接近美国的“主观说”,即以被引诱人事前有无犯罪意图来判断,侦查机关诱人入罪的法律效果为“减轻刑罚”。

(一) 侦查机关“诱人入罪”的实体法效果

1. 法院的量刑幅度

我国侦查机关之所以选择将毒品犯罪作为重点打击的对象,很大程度上可能与我国当前的公共政策相关。从当前的民意基础来看,普通公众甚至法律人往往认定“涉毒犯罪”是导致我国总体犯罪率不断升高的原因,既然吸毒者犯罪的比例远远高于非吸毒者,社会公众与司法机关认为毒品犯罪会成为社会不稳定的重要因素,打击贩卖毒品者以遏制“毒品源头”自然成为侦查机关的任务之一。相较欧美国家发达的警务市场与高效能的侦查能力,在总体上警力不足、侦查技术存在缺陷、侦查效能低下的情况下,如果上级机关以“绩效考核”要求下级侦查机关完成“办案数量指标”,下级侦查机关以“线民”引诱、卧底侦查、乔装侦查等手段应对毒品犯罪自然成为其实现绩效考核的重要手段。虽然我国 1997 年《刑法》已经对各种毒品犯罪行为处以“重刑”,各种类型毒品犯罪的法定刑及死刑条款的比例均高于其他普通犯罪。但是,因侦查能力上的局限性,毒品犯罪的“犯罪黑数”效应在现实中却仍可能存在,如果侦查机关不能在短期内提高抓捕率与破案率而导致出现刑事司法上的“漏斗效应”,有可能受到公共舆论的指责而处于被动,所以通过诱捕行为提高“抓捕率”及“破案率”往往成为其首要的应对策略。经济学者认为,侦查机关短期内“抓捕率”与刑罚威慑效应成正比。^[51]

[49] 根据我国现行立法的规定,侦查机关有无犯意引诱是判断是否构成警察圈套的主要标准。

[50] 2012 年生效实施的《刑事诉讼法》第 152 条明确规定:依照本节规定采取侦查措施收集的材料在刑事诉讼中可以作为证据使用……。根据我国现行刑法,刑事被告人可根据正当防卫、紧急避险、刑事责任能力等法定事由提起无罪抗辩,但对于诱人入罪的侦查行为则不允许刑事被告人以此为由提起无罪抗辩,至多被视为法院量刑上的酌情因素。

[51] 参见汪丁丁:《反毒品的经济学分析》,载汪丁丁《风的颜色》,社会科学文献出版社 2002 年版,第 254 页。

如果警方引诱的对象为“有潜在犯罪倾向之人”(例如曾有数次犯罪前科的人),即使警方以不适当手段引诱其从事毒品犯罪,我国媒体与公众则往往会支持。从毒品犯罪议题背后的民意倾向来看,主观说更易为我国公众、媒体及司法机关所接受。从 2012 年修正后的《刑事诉讼法》第 151 条规定来看,只要侦查机关遵守“不得诱使他人犯罪”的规定,法院即应当否定警察圈套的存在,引诱前已有“事前犯罪倾向”者将丧失提起陷阱抗辩的权利。由此可看出,我国立法目前是以主观审查标准检验警察圈套是否成立的。

不过,既然相当多的涉毒犯罪行为往往属“无明显被害人”的犯罪类型,对之施以重刑是否符合刑罚的谦抑原则似成疑问,法院的量刑标准应当与“民意”保持一定距离。在无被害人的案件中,警方引诱行为造成无事前犯意者实施犯罪的,法院应当宣告无罪或参照“犯罪未遂”减轻刑罚。对于侦查机关引诱“事前有犯罪倾向”的人犯罪的情形,法院能否对被引诱人“减轻刑罚”,此种情形下,诱捕行为与被引诱人的犯罪行为的因果关系应当是法院审查的重点,如果无引诱行为则犯罪行为通常不易发生,法院应当酌情减轻刑罚。根据 2010 年《人民法院量刑指导意见》第 15 条第 4 项之规定,出现“存在数量引诱情形的”,允许法官量刑时“减少基准刑的 30% 以下”。既然法院对有事前犯意者被引诱后从事毒品犯罪的可以在基准刑 30% 以下减轻刑罚(目前仅适用于交易数量超出通常数量情形),对于无事前犯意者因警方的引诱而从事毒品犯罪的情形,法院应当根据案情宣告无罪或超出 30% 比例减轻刑罚。

2. 正当程序原则才是免除事前无犯意者罪责的主要依据

有学者主张,对于被引诱人在警方诱捕下所实施的犯罪行为,如果系警方“控制下交付”,由于犯罪在警方监控下而不可能被完成,可根据“不能未遂”理论以未遂犯处理(适度减轻其刑罚)。^[52] 但是,“控制下交付”通常并非“犯意引诱”的类型,将不能未遂的理论适用于“诱人入罪”的情形颇值得怀疑。而且,未遂犯的适用仅产生减轻刑罚效果,很难免除被引诱人的刑罚。如果案件系“无被害人的案件”(例如警员以低价引诱事前无犯意者购买枪支),在侦查机关引诱无犯意者实施犯罪后,如果要完全免除被引诱人的刑罚,犯罪未遂理论对此恐无能为力(既然被私人引诱时,购买持有枪支者仍须承担罪责)。

此外,既然私人教唆他人产生犯意进而导致犯罪行为的产生,被引诱人与教唆人在刑法上成立共犯,对因侦查机关引诱而实施犯罪的主体免除刑罚的实体法根据何在? 通常情形下,侦查机关以“职务行为”引诱他人产生犯意进而诱使其犯罪,除导致受害人死亡、重伤等特例外^[53],侦查人员原则上并不以犯罪论处。^[54] 刑事立法与司法上豁免侦查人员的引诱行为,但却对被引诱人一律进行入罪作出有罪判决,“正犯成立犯罪而教唆犯却无罪”的处理方法有值得推敲之处。^[55] 既然被引诱人已经实施犯罪,其行为符合“构成要件该当性、刑

[52] 例如,警员乔装成毒品的买方向毒贩购买毒品,在毒品交易时当场将其捕获,因此这种类型的犯罪行为不可能损害法益或具有社会危害性,所以可依照不能未遂处理。参见林东茂:《卧底警探的法律问题》,载林东茂《危险犯与经济刑法》,五南图书出版有限公司 1996 年版,第 252 页以下。

[53] 有学者认为,如果办案警员教唆他人杀人,系制造了法所不容许的风险,应当成立教唆犯以故意杀人罪论处。参见黄荣坚:《基础刑法学(下)》,元照出版公司 2004 年版,第 363 页。

[54] 德国早期学说认为,教唆犯的成立应当以双重故意条件,该学说认为警员有法律素养对犯罪结果持排斥立场最多只有教唆故意,警察因欠缺使他人真正实施犯罪的真实意思因此不成立教唆犯。但该说对于重大危险之犯罪类型(例如警员教唆他人杀人),已不妥当。参见苏俊雄:《刑法总论(II)》,自刊本 1998 年版,第 443 页。

[55] 虽然亦可主张,执行职务行为的侦查警员与被引诱者并不成立共同犯罪,只能依照单独犯处理,但此主张与成立正犯却否定共犯的结果并无差别,因为在被教唆人超出教唆范围犯其他罪行才否定教唆犯的成立。

事违法性、有责性”，似乎很难从实体法上找到免除其罪责的理由，从私人教唆引诱他人犯罪并不免责也可印证。相反，宪法上的“禁止反言”条款与刑事诉讼的“司法审查”目的可能是免除被引诱人的刑罚令人信服的事由，“起诉豁免”才是被引诱人避免受刑罚惩处的依据。其实，之所以与私人引诱他人产生犯意的处理结果不同，是由于现代刑事诉讼分权制衡机制与人权保护的立法目的。国家侦查机关应当是“模范的守法者”而非教唆、引诱他人犯罪者，所以法院对侦查机关不适当的侦查手段应当进行必要的审查，当出现严重违反正当程序条款的侦查行为时，国家公诉机关的追诉权可能因此丧失，侦查机关诱人入罪的行为与正当程序原则之间有严重的冲突。易言之，“正当程序”条款是使被引诱人不受刑事追诉的理由，特定情形下“国家刑罚权失效论”是放弃追诉被引诱人的理论根据。

所以，由于犯罪未遂与共犯理论均是在肯定被引诱人有罪的前提下讨论处理方案的，至多对量刑产生影响，要免除无事前犯意者的刑罚只能从“起诉豁免”理论寻找依据。在无受害人的案件中，如果侦查机关以恶劣手段引诱通常守法之人进行犯罪，公诉机关不应当对被引诱人提起公诉。

（二）“警察圈套”的证明规则

1. 被引诱人申请“非法证据排除”的效果分析

有学者主张将侦查机关通过引诱行为而获取的犯罪证据视为非法，即诱捕侦查的证据不得作为审查起诉与判决的根据，以此方法来保护被引诱人的基本权利。^[56]一方面，侦查机关的引诱行为性质上属“诱骗侦查”，与刑讯逼供、非法侵入私人住宅、非法窃听等典型的违法侦查方法不同，诱骗侦查通常不会侵害被引诱人的人身、住宅、财产等宪法上的基本权利，侦查机关“诱人入罪”行为所侵害的往往并非是被引诱人的“基本权利”，从宪法上的“正当程序条款”推演被引诱人的申请证据排除权难以成立；另一方面，虽然德国、日本等国家将“诱骗侦查”作为可以提起证据排除的事由之一^[57]，但至多排除犯罪嫌疑人的言词供述证据，而无“毒树果实”规则之适用（警方根据口供获取的其他证据不在排除的范围）。^[58]更何况，即使排除被告人的有罪供述证据，法院仍能根据其他证据对被告人作出有罪判决。所以，期待“非法证据排除”规则抑制侦查机关的诱捕侦查的思维似乎不切实际。例如，上世纪六七十年代，美国联邦法院在判例中提出了“司法廉洁”与“吓阻警察违法”理论^[59]，但是据实证调查，侦查机关对“非法证据排除”规则往往并不忌惮，实践中因警方引诱行为而由法院排除证据的情形可谓是罕见。^[60]

2. 现实而有效的方案：减轻刑事被告人证明“警察圈套”的证明责任

美国学者卡普兰（Kaplan）于1968年撰文提出：影响甚至决定法院定罪与否的因素，除传统的“贝叶斯定理”外，犯罪议题的公共政策、犯罪人的风险评估、概率论等“案外因素”可

[56] 万毅：《违法诱惑侦查所获证据之证据能力研究》，《法律科学》2010年第4期。

[57] 例如检察官欺骗被告人作出有罪供述，可以承诺不起诉，日本法院1966年判决该类型的自白不具有任意性而排除其适用。参见〔日〕田口守一：《刑事诉讼法》，中国政法大学出版社2010年版，第299页。

[58] 参见刘磊：《德美证据排除规则之放射效力》，《环球法律评论》2011年第4期。

[59] 在1974年的U. S. v. Calandra案中，判决书多数意见认为：证据排除法则的目标在于吓阻警察非法行为，以此来校正违反《宪法第四修正案》而为的不合理的搜查和扣押。U. S. v. Calandra, 338 (1974)。

[60] 实践中，引诱行为往往是由被警方控制的立功心切的秘密线民来完成的，法院排除所谓非法证据有如“黑暗中乱开枪”，对督促警方放弃不当引诱行为根本无直接效果。Dru Stevenson, Entrapment and the Problem of Deterring Police Misconduct, *Connecticut Law Review*, Vol. 37, Issue 1 (Fall 2004), pp. 147 - 148.

能是决定法官或陪审团定罪的关键因素。^[61] 法官或陪审团在决定定罪前,不可能在“真空”下进行,其往往对“有罪之人判决无罪”与“无罪之人判决有罪”两种风险进行评估,如果认定前者对社会造成的风险较高,其定罪的最低证明可能无需“排除所有合理怀疑”,根据已有证据认为被告人的有罪概率达 50% 以上即会作出有罪判决,以公式表示如下:^[62]

$$P > \frac{1}{1 + (Dg \div Di)}$$

P = 法院定罪的最低证明度

Dg = 有罪之人被无罪宣告的风险

Di = 无罪之人被判决有罪的风险

即使受审时主张成立警察圈套,被引诱者往往并不否定其已经实施犯罪行为,有争议的是:一是立法能否赋予其因“引诱行为导致其产生犯意”而提起无罪或减轻刑罚的诉求;二是被告人提起诉求后,其能够为法院所接受的最低的证明程度如何。对于前者,可以通过实体刑法解决,有被害人的案件,对被引诱者可适度减轻其刑罚;如果案件系无被害人的案件,而且警方严重引诱行为导致通常守法之人产生犯意而实施犯罪,可以“起诉豁免”处理,即国家机关丧失公诉权不得再提起公诉;对于后者,根据证明度从低至高,可分为“表面证明”、“优势证明”、“高度盖然性证明”、“排除合理怀疑”、“无可质疑的证明”等,在不同的证明度下,被引诱人所负担的证明责任也不相同。通常而言,越低的证明度对被引诱者越有利。如果要遏制警方滥用诱捕方式引发他人犯意,“表面证明”是较优的立法选择。如果试图在人权保护与犯罪控制间保持平衡,“优势证明”是可以选择的方案。但是,如果强制刑事被告人将警察圈套证明至“高度盖然性”、“排除合理怀疑”、“无可质疑”的程度,陷阱抗辩权利对被告人而言可能是画饼充饥,仅具有立法上的宣示意义而无实际效果。从经济推理角度而言,降低被引诱者的证明度,更有利于降低其“维权成本”,也能够根据该规则在诉辩交易中降低“交易成本”,从而有效地行使“第二者监督”的角色。

3. 证据法上的不利推定对被引诱者利益的影响

当刑事被告人将警察圈套的成立证明至“表面证明”或“优势证明”时,检控方可能会引入“品格证据”来证明:被告人“事前已具有犯罪倾向”或“即使无引诱行为也必定实施犯罪”。所谓“品格证据”,是指诉讼中证人、被告人、受害人等自然人的品行证明证据。在法院审理警察圈套时,被告人的犯罪前科、不良行为记录、社区的不良名声等均可能被检控方用来证明:侦查机关引诱之前,被引诱者已有犯意或发生犯罪行为的几率很大。虽然,为了防止法官或陪审员产生对有犯罪前科的被告人产生严重的偏见,美国《联邦规则》第 401 条及第 404 条限制了检控方使用被告人“品格证据”的适用范围,但是,当某项品格证据可以用来证明“犯罪意图”时,检控方仍有权使用被告人的犯罪前科证据等不利的品格证据。

[61] John Kaplan, *Decision Theory and the Fact-finding Process*, 20 *Stan L. Rev.* (1968), pp. 1071-1072.

[62] 这个公式可以说明:法官在判决前,除依赖已知证据外,还有可能受其犯罪价值观的影响,即使法庭上出现有利于被告人的证据,只要该证据并非关键证据不足以推翻控方的有罪证据(例如辩护律师提出受害方可能存在过错的证据时),法官仍会认定无罪判决的社会风险远高于有罪风险,而作出有罪判决。如果法官认为 Dg 的风险远远大于 Di 的风险,假如二者之比为 9:1,法官实际在达到 90% 左右的犯罪证明即宣告被告人有罪,如果二者之比为 1:9,法院有可能会在 10% 的证明度对被告人定罪。参见[美]罗纳德·艾伦等:《证据法——文本、问题和案例》,王进喜等译,高等教育出版社 2006 年版,第 203 页。

例如在刑事司法实践中,有吸食毒品习惯者、有毒品犯罪前科者往往是侦查机关重点“锁定”后引诱的对象。即使被引诱人之前已戒除毒瘾或放弃贩卖毒品的犯意,侦查机关引诱其犯罪仍可能是轻而易举的。出庭受审后,当检控方提出各项不良品行证据时,法院往往会认定被引诱人“事前已具犯罪倾向”。所以,如果要防止被引诱人之前的犯罪前科等不良品行证据导致法官形成“有罪心证”,证据立法必须引入更为严格的“关联性规则”,要求法院审查品格证据时进行利弊权衡,根据多项因素综合审查判断“犯罪前科”证据是否与正在审理的案件相关。^[63] 如果之前的不良品格证据与被引诱人选择犯罪之间无因果关联,法院可否定其证据资格避免形成诉讼偏见。

[**Abstract**] When we focus on the problem of what is the rightful judicial standard when defendants raise motion of police entrapment, we may find different approaches which made by U. S. Federal Court sustained or opposed by scholars such as subjective approach and objective approach. In fact, subjective or objective approach couldn't solve the problem of protecting the suspect stung by police, but economical analysis may be advantageous to make up the legal hole existing in the problem of police entrapment. It may be practical and feasible to establish the right methods if we consider the defendants' all kinds of cost after reanalyzing the famous "Coase Theorem", especially in the problem of protecting his fundamental Constitutional rights. Initial rights and remedy rights by constitution may be the effective methods to deter police outrageous sting misconduct. The criminal defendant shall be relinquished by public prosecution if police induced and stung innocent people committing a crime. Relieving the proof of burden of persuasion may be the best choice to protect suspects' benefit and reduce his cost in spite of making exclusionary rule on the problem of police entrapment.

(责任编辑:王雪梅)

[63] 法院应当考虑的因素有:一是犯罪前科行为的犯罪时间离本案的时间远近;二是侦查机关第一次引诱时,被引诱人是否曾经拒绝;三是之前的犯罪行为必须与本案的犯罪在行为上存在相似之处,单纯的吸毒行为不得被作为证明犯罪倾向的证据;四是侦查机关引诱的次数与引诱行为的时间长短;五是从事的犯罪行为是否远远超过其通常的犯罪能力等。