



· 卓越法学文库 ·

ON ENTRAPMENT IN THE ADMINISTRATIVE INVESTIGATION

行政调查中的诱惑取证研究

吴 亮◎著

非
外
借



中国政法大学出版社

ON ENTRAPMENT IN THE ADMINISTRATIVE INVESTIGATION

行政调查中的诱惑取证研究



中国政法大学出版社

2017·北京

声 明 1. 版权所有，侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

行政调查中的诱惑取证研究 / 吴亮著. -- 北京：中国政法大学出版社，
2017. 4

ISBN 978-7-5620-7386-4

I. ①行… II. ①吴… III. ①行政执法—研究—中国 ②证据—研究—中
国 IV. ①D922.114②D925.013.4

中国版本图书馆CIP数据核字（2017）第075870号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com （网络实名：中国政法大学出版社）
电 话	010-58908289（编辑部） 58908334（邮购部）
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	10.000
字 数	245 千字
版 次	2017 年 4 月第 1 版
印 次	2017 年 4 月第 1 次印刷
定 价	38.00 元

本书是2012年教育部人文社科青年基金项目《行政调查中的诱惑取证研究》(12YJC820110)的最终研究成果,也是华东理工大学法学院2014年“卓越法律人才培养计划”项目的成果。在此致谢!

《华东理工大学卓越法学文库》编委会

编委会主任：张 昱

编委会成员：（按姓氏音序排列）

邓刚宏 丁 灏 董溯战 郭日君
李瑜青 刘金祥 阮赞林 于杨曜
张 平 张 昱

总序

General Preface

东海之滨，黄浦江畔，乘着依法治国建设社会主义法治国家的东风，一所年轻的法学院正以追求卓越的精神砥砺前行，她就是华东理工大学法学院。

华东理工大学法学院于 2006 年成立，其前身是始建于 2000 年的人文学院法律系。建院以来，法学院依托学校理工优势学科，努力探索一条以文理交叉为特色的新型法学院发展之路。法学院现有在编教职员工 35 人，拥有一支高素质的专职教师队伍。在 27 名专职教师中，教授 8 人、副教授 11 人，博士和博士候选人 20 人，有海外留学经历的 13 人。此外，还有国内外兼职教授 16 人。

根据法学院“十二五发展规划”，法学院确立了三个重点研究方向：一是以法社会学为特色的法学理论方向；二是发挥我校化工科学基础学科与法学专业有机结合的优势，文理兼容，以知识产权法、能源法、食品药品安全监管法为特色的经济法方向；三是充分关注我国当前乃至相当长的时间内非常重要且法学界基本处于相同研究水平的社会立法研究领域，以司法制度创新、劳动与社会保障法、社会管理法为特色的社会法方向。以这三个学科带动法学院学科建设整体水平的提高，形

成“强化优势、突出特色、相互支撑”的学科体系，把法学院建成优势学科与特色方向居于国内法学先进行列、在相同和相近学科领域拥有较高国际知名度的研究型法学院。

为凝聚研究力量，培育和发展优势学科，法学院先后成立了能源和资源环境法研究中心、知识产权法研究中心、法社会学研究中心、食品药品监管研究中心、人权与法治研究中心等研究机构，有效地推动了学院科研水平的提高。2010年以来，法学院教师共承担科研项目116项，其中省部级以上纵向课题32项，横向课题84项；发表论文300多篇，其中核心期刊论文150多篇；出版学术专著和教材共计28本，参编专著和教材共计11本。科研水平的提高带动了法学院的学科建设，学院现有法律社会学二级博士点，法学专业一级学科硕士点，法律硕士（法学、非法学）专业学位授予点以及法学、知识产权第二学士学位两个本科专业。

2011年，为支持法学院的发展，学校设立了“法学学科建设暨青年教师卓越促进计划”。2012年10月，法学院在激烈的竞争中脱颖而出，获得“上海市卓越法律人才培养基地”建设立项。通过“卓越促进计划”和“卓越法律人才培养基地”的建设，建设一支卓越的教师队伍，产出一批卓越的科研成果，培养出一大批卓越的法律人才，将华东理工大学法学院建设成为一所卓越的法学院。呈现在读者面前的这套“华东理工大学卓越法学文库”的成果就是我们的阶段性成果，是法学院教师特别是青年教师科研成果的一次集体亮相，我们很高兴能够与各位读者分享我们的成果并接受学界同行的检验。

华东理工大学卓越法学文库编委会

2015年4月28日

前言

Foreword

“行政诱惑取证”是国家利用暗中执法人员或者线民，引诱、挑唆行为人违法犯罪，并将其抓捕的一种新型行政调查取证方式。近年来，我国在贩毒、假钞、扫黄、惩治卖淫嫖娼、公务员违法违纪、质量监督、税务稽查等行政执法领域，行政诱惑取证尤其是“机会提供型”诱惑取证得到了广泛使用。然而“钓鱼执法事件”、“设伏抓嫖事件”、“雷洋案”等表明，^{〔1〕} 执法人员在面对执法绩效压力和调查效率的诱惑时，可能对没有违法犯罪嫌疑的无辜公民，采取过度引诱促其违法犯罪，使国家沦为违法犯罪的“制造者”。这种情况与行政调查取证“维护社会秩序，保障公民权益”的制度本意相背离。

长期以来，我国的行政执法实务和通说受到美国“主观说”的较大影响，亦即是将“行为人是否已具有违法犯罪倾

〔1〕 2016年5月7日晚上，29岁的北京市白领雷洋涉嫌在某足疗店嫖娼，从涉案足疗店接受有偿性服务离开时，被便衣警察邢某某等人发现并盘查。雷某试图逃跑，被抓捕。便衣警察将雷某带回审查途中，发现其身体不适，后送医不治身亡。由于警方的便衣执法、使用警械等活动均涉及违法取证问题，因此引起网络舆情的一片哗然。2016年12月23日，北京市丰台区人民检察院对邢某某、孔某、周某、孙某某、张某某等五名涉案警务人员玩忽职守案依法作出不起訴决定。参见李志强：“法治须从程序通往正义”，载《人民日报》2016年6月2日，第5版。

向”作为判断标准。但是，我国却没有更为细致地说明如何判断“违法犯罪倾向”，以及没有考虑政府挑唆行为的合法界限问题。从美国法院“客观说”、“蛮横政府行为理论”、欧洲人权法院“因果关系理论”，以及德国、英国和日本比较法的发展趋势来看，行政诱惑取证的合法性判断逐渐摆脱单一的“主观说”，进而要求执法机关应当开展事前的违法犯罪嫌疑调查，不得开展随机测试，并且要求国家执法机关不得施加过度压力，这些都应当作为我国立法的借鉴参考。在法律效果评价上，应当彻底否定违法政府挑唆，避免执法机关为了追求调查效率而心存侥幸，不当地侵犯公民权利。基于这些思考，本书拟对我国的行政诱惑取证的法律问题进行分析。

吴 亮

2017年2月

目录

总 序 / I

前 言 / III

绪 论 / 1

◎ 第一节 问题的提出 / 1

◎ 第二节 研究内容 / 9

◎ 第三节 研究方法 / 10

第一章 行政诱惑取证的法律结构及其存在必要性 / 11

◎ 第一节 行政诱惑取证的概念 / 11

◎ 第二节 行政诱惑取证的种类 / 18

◎ 第三节 行政诱惑取证的存在必要性 / 21

◎ 第四节 行政诱惑取证与刑事诱惑侦查的区别与联系 / 28

第二章 行政诱惑取证涉及的权利保障与法治原则 / 31

◎ 第一节 自由权与行政诱惑取证 / 32

◎ 第二节 人格尊严与行政诱惑取证 / 39

◎ 第三节 不得自证己罪原则与行政诱惑取证 / 43

◎ 第四节 正当法律程序原则与行政诱惑取证 / 64

◎ 第五节 法律保留原则与行政诱惑取证 / 78

第三章 美国对行政诱惑取证的合法性研究 / 85

◎ 第一节 诱捕抗辩理论的由来 / 85

◎ 第二节 诱捕抗辩理论的争议 / 94

◎ 第三节 诱捕抗辩理论的举证责任 / 111

◎ 第四节 诱捕抗辩理论的反思 / 115

第四章 欧洲人权法院对行政诱惑取证的合法性研究 / 124

◎ 第一节 欧洲人权法院审查行政诱惑取证的

早期阶段 (2003 年以前) / 124

◎ 第二节 欧洲人权法院审查行政诱惑取证的

激进阶段 (2003 年 ~ 2008 年) / 145

◎ 第三节 欧洲人权法院审查行政诱惑取证的

保守阶段 (2008 年以后) / 155

第五章 德国对行政诱惑取证的合法性研究 / 161

◎ 第一节 德国关于行政诱惑取证的实务见解 / 161

◎ 第二节 德国法关于行政诱惑取证合法性判断之分析 / 170

第六章 英国对行政诱惑取证的合法性研究 / 179

◎ 第一节 英国关于行政诱惑取证的实务见解 / 179

◎ 第二节 对行政诱惑取证的合法性要求之分析 / 191

◎ 第三节 对行政诱惑取证的法律效果之分析 / 203

第七章 日本对行政诱惑取证的合法性研究 / 208

◎ 第一节 日本关于行政诱惑取证之法律性质的讨论 / 208

- ◎ 第二节 日本对行政诱惑取证的容许性见解 / 211
- ◎ 第三节 日本对行政诱惑取证的法律效力之讨论 / 214

第八章 我国非法客运治理领域对行政诱惑取证的 合法性研究 / 216

- ◎ 第一节 “钓鱼执法阶段”的行政诱惑取证及其合法性
(2006 年~2011 年) / 218
- ◎ 第二节 “便衣取证阶段”的行政诱惑取证及其合法性
(2012 年~2017 年) / 237
- ◎ 第三节 违法政府挑唆行为的法律效力 / 257

第九章 我国其他行政执法领域对行政诱惑取证的 合法性研究 / 269

- ◎ 第一节 我国非法客运治理以外的其他行政诱惑
取证立法的实证研究 / 269
- ◎ 第二节 惩治卖淫嫖娼领域的行政诱惑取证
及其规制现状 / 278
- ◎ 第三节 公务员违法违纪领域的行政诱惑取证及其
规制现状 / 284

第十章 结 语 / 292

参考文献 / 295

绪 论

第一节 问题的提出

鉴于违法犯罪方式的变化多端，行政执法机关为了有效打击违法、追诉犯罪，不得不随之发展出与时俱进的行政调查取证措施。尤其是在无受害人、藏匿于社会深处的违法行为，除非熟知门道，否则永远是雾里看花，无处搜寻，难以进入违法者的世界中一探究竟。因此，行政执法人员或者线人披上邪恶外衣，试图暗中藏匿于违法行为的高发环境中，通过“钓鱼”方式了解违法者的诉求并找出其破绽。在此基础上，执法人员或者线人会挑唆或者引诱违法嫌疑人从事非法客运、传销、卖淫等违法活动，并一网打尽。这种场景如同电影《无间道》、《美国骗局》中的卧底、线人两面通风报信的冒险情节。行政诱惑取证无疑是有效的调查手段，但是也具有侵权的高风险。这里所说的“高风险”，不仅仅是执法人员身份暴露引起的人身安全危险，更是指行政诱惑取证对公民基本权利造成损害的风险。行政诱惑取证最具争议、饱受批评之处，就是所谓“钓鱼执法”的问题。违法犯罪行为的发生与行政调查取证应当是一先一后，具有因果关系，但是如果国家为了提高执法调查效率，以不当手段引诱和挑唆行为入

违法犯罪，无疑颠覆了行政执法的目的。对于“发现真实”的行政执法目的而言，对行为人的引诱和挑唆具有一定的效果。但是行政执法的目的不仅仅在于实体上的发现真实，保障基本权利也是需要注意的方面。如果长期持续容许国家引诱挑唆，不免会出现极端脱逸法治原则的行政违法行为。^{〔1〕} 这种情形可以从如下的事件报道中管窥一二：

〔例1〕2009年上海非法客运治理中的“钓鱼执法风波”^{〔2〕}

自2006年起，上海市政府制定《上海市查处车辆非法客运规定》，在黑车治理中引入行政诱惑取证手段，用于规范属于黑车的四轮机动车和“五类车”。四轮机动车，是指小轿车、商务车等机动车及“克隆出租车”。五类车，是指从事非法客运的残疾车、正三轮摩托车、电动三轮车、二轮摩托车、电动自行车。^{〔3〕} 执法者为了获得所谓的录音证据，又衍生出《闵行区打击“黑车”有奖举证制度实施办法》等部门规定，钓鱼于是成为

〔1〕 这里的法治原则，或者说行政法治原则，其内涵是“规范两类行为”，是指确保具体行政行为与抽象行政行为务必在宪法、法律之下得到规范。包括：在依法全面履行政府职能方面，坚持法定职责必须为，法无授权不可为的原则，着力推进机构、职能、权限、程序、责任法定化，加快推行权力清单、责任清单和负面清单制度。着力深化“三张清单”管理模式——“权力清单”审改模式、“负面清单”管理模式、“鼓励清单”服务模式。在推进政府运行机制法治化方面，要建立健全决策权、执行权、监督权既相互制约又相互协调的运行机制，建立重大决策终身责任追究制度及责任倒查机制，严格执行重大决策合法性审查制度，全面推行法律顾问制度。还要推进区县市场监管体制改革，全面推行区县城管综合执法改革。对权力集中的部门和岗位，逐步实行分事行权、分岗设权、分级授权。对公共资金、国有资产、国有资源和领导干部履行经济责任情况，逐步实行全覆盖审计。

〔2〕 关于上海市钓鱼执法事件的过程和评价，参见桑本谦：“‘钓鱼执法’与‘后钓鱼时代’的执法困境”，载《中外法学》2011年第1期；姚天宇、王勇：“‘钓鱼执法’的行政违法性及其规制”，载《政治与法律》2012年第6期；杨向东：“上海市出租车市场规范与黑车治理”，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2013年第2期。

〔3〕 陈晓晨：“上海今起专项整治非法客运，违法行为一律从严处罚”，载《新民晚报》2014年3月12日，第3版。

公开的秘密。民间“钩子”数量自2006年起激增，皆因政府规定举报有奖，每辆（次）奖励500元。^{〔1〕}2009年9月8日，上海白领张军因好心帮载自称胃痛要去医院的路人，结果却被闵行区城市交通执法大队认定为载客“黑车”，遭扣车与罚款1万元。张军不服诉至法院。2009年11月19日，闵行区人民法院判决张军胜诉。2009年10月14日晚，河南籍打工仔孙中界开着单位的车去接工友，途中好心搭载了一位乘客（经证实为职业“钩子”），随后被浦东新区城市管理行政执法局认定为“非法营运”。为证清白，孙中界当晚挥刀砍下左手小指。

据报载，全上海存在几十个交通执法部门，基本每个区县都或多或少存在钓鱼现象。据初步核查，全上海大约存在960名被雇用的“钩子”，这些人男女老少均有，年龄最大的79岁，最小的16岁，本地人约占70%。这些人为了获得奖金，往往以反复纠缠、许诺重金、虚拟灾害、疾病或不幸事件等不正当手段或方式设立陷阱、引诱取证。“钩子”往往有两个特征：一是引司机到埋伏区；二是“试图拔车钥匙”。另外，“钩钩”往往携带录音设备。2008年3月上海奉贤区一位“黑车”司机被所谓“女协查员”带入“执法伏击区”之后，当着执法人员的面在车内用刀捅死“女协查员”。以前上海还发生过黑车司机为泄愤绑架所谓“钩子”的事件。“钓鱼”执法引起媒体高度关注，中央电视台《今日说法》栏目就上海闵行区的“钓鱼执法”事件展开过报道，认为这种方式不恰当。

〔1〕 这里的钩子，也就是假扮需要搭车者的线人，俗称为“钩子”。

〔例2〕2014年南宁孕妇遭遇“钓鱼执法”，被诬陷为信用卡诈骗〔1〕

据《北京青年报》报道，广西省南宁市永新路派出所从2012年起利用“二五仔”（线人）做“鱼钩”，引诱有POS机的辖区商户为其信用卡进行套现。派出所在双方交易后抓获商户，并由“九八佬”（中间人）出面谈价和协商，“叫价”为20万元。谈价还价后，罚款多则十几万元，少则三五万元，商户如果给钱就放人，如果拒不给钱派出所就以“涉嫌信用卡诈骗犯罪”为名移送经济侦查。商户不服，建成“反欺骗联盟群”。2014年4月，被称为“博白大肚婆”的孕妇吴良彩在被诱捕和罚款2万元后，警方以“送去坐牢”相威胁，逼迫其再钓下家。在“反欺骗联盟群”的帮助下，她向互联网、媒体公开此事，并向上级执法机关举报。经司法机关调查，该派出所存在利用钓鱼执法、公权寻租的黑金交易，先后有5人被提起公诉，3人被判处刑罚。2016年，吴良彩也被解除取保候审。但对她的立案是否撤销、是否终止侦查的问题，据其本人透露，没收到办案机关任何通知，也没人找她进行任何询问或讯问，而扣押的POS机和钱款又未退还。也就是说，吴良彩是否还是犯罪嫌疑人，尚不明确。

〔例3〕2015年滴滴、优步（Uber）专车的“钓鱼执法”风波〔2〕

2015年以来，全国各地针对专车钓鱼执法的事件频发，由此引发的专车司机抗争事件也是层出不穷。如据山西太原市多名滴滴专车司机透露，“客管中心安排出租车公司招‘钓鱼的哥’”，出租车司机抓到专车后都有奖励。“在16号一天内，有3辆车被

〔1〕 张倩：“孕妇被黑警钓鱼执法，扳倒警察后财物仍未归还”，载《北京青年报》2016年2月29日，第4版。

〔2〕 飘雪：“专车司机被打幕后：钓鱼执法”，载 <http://www.pingxiaow.com/gundong/2015/0204/262335.html>，最后访问日期：2016年8月26日。

同一个155开头的手机号码叫车后查扣，这个号码在当天共叫车8次，订单全部都没有成功，都是被取消或者被改派的状态”。滴滴专车将被按黑车查处，罚款5000元至3万元。2015年10月，上海市交通执法总队在虹桥机场发现一辆涉嫌非法客运的特斯拉，目前该车辆已经被暂扣，并处以1万元的罚金。香港警察也通过钓鱼“诱捕”了优步（Uber）司机，并对优步（Uber）公司进行了突击检查，带走3名员工与证物。这也是继2015年4月份广州市工商、交通、公安部门联合对优步（Uber）行动后的又一次动作。在天津、武汉、广州等地，曝出因出租车司机“钓鱼”引发的专车司机和出租车司机之间冲突的事件，还有多起因专车被扣众多专车司机前来向执法人员集体讨还钥匙的抗争事件。

〔例4〕2012年陕西“设伏抓嫖”事件〔1〕

2012年8月，陕西省西安市民张某向媒体爆料称，西安市公安局新城分局胡家庙派出所联手性工作者“设伏抓嫖，钓鱼执法”。他自己被诱捕后上缴罚款3000元，且没有任何处罚证明。记者按照爆料线索，在发廊外暗访多日发现：警察抓捕并无固定时间，不属于定时巡查；抓人时总有一辆无牌面包车出现带走嫖客和小姐；小姐20分钟内返回按摩店继续营业；嫖客被罚。尤其令人惊讶的是，对嫖客的罚款地点，就在派出所大门口。据调查，该事件牵出一个派出所“私设小金库”、“侵吞罚没款”的内幕。从2009年开始，胡家庙派出所原所长李某、胡家庙派出所原教导员刘某就商议对民警所罚款项提成奖励。民警白某、刘某等多次在辖区内抓嫖，对当事人罚款后获得提成。2013年1月，

〔1〕 遇合：“设伏抓嫖竟是真，钓鱼执法几时休”，载 <http://focus.cnhubei.com/original/201208/t2198848.shtml>，最后访问日期：2016年8月26日。