

第29辑

# 法学家

Teahouse For Jurists

# 茶座

2009.5

主编 张士宝 特邀执行主编 何家弘



汪建成

行政执法，不得『倒钩』

张卫平『钓

鱼案』与司法中立

何家弘 执法者的诚信

崔

敏 有些事情不应该忘记

性骚扰立法不

能奉行技术主义

与媒体 朱伟一

证券监管的一场混战

中国古代的亲告

与相隐 侯欣一

马锡五 锡五审判方式

周

珂 维也纳学究老鲍姆

冯亚东 历史、文明

与『进步』 林来梵 宪法的日偏食结构



## 人生情渊

绯闻是很能吸引眼球的。但绯闻太多,也会导致受众的审美疲劳。很多明星都有绯闻,很多官员也有绯闻,于是绯闻就屡见不鲜了。绯闻往往与名人相伴。有的人是出了名便有绯闻;有的人是有了绯闻才出名。绯闻的基础是“绯闻”,说得文雅些,是风流韵事。古今中外,有风流韵事的人物很多,而且如长江后浪推前浪,一浪更比一浪高。正如伟人所言,“数风流人物还看今朝”。其实,大人物往往也风流。虽然孙中山、蒋介石等人的韵事各异,但都堪称风流人物。外国的风流政客也不少。譬如美国前任总统克林顿和法国现任总统萨科奇。不过,有些人的“绯闻”是喜剧;有些人的“绯闻”是悲剧。明代才子唐伯虎的“三笑点秋香”成就了一段风流佳话,但一些贪官的“绯闻”则很有悲剧色彩。最近,曾任广东省增城市委副书记的邱伟胜在法庭上辩称,自己受贿105万元都是因为情妇韩某逼迫,不情妇逼贫;原广西壮族自治区政府副主席孙瑜因未能满足某个情妇之老公的工程要求,被招到深圳,交付300余万元巨款之后仍被暴打一顿,最后还被举报,身败名裂;原陕西省政协副主席庞家钰是被他那11人“情妇告状团”给扳! ,不贪也得贪,贪的就更贪。

爱情本应是纯洁: 会中,爱情很容易使人坠入罪恶的深渊。笔者在《——上——下——》曾经借主人公之口说道:“爱情究竟是什么?是性爱还是情爱?是人类的一种本能,还是一种崇高的情感?我觉得爱情真是个谜,一个人人都在解,但人人都无法解开的谜!”最近,笔者对该书进行了全面修订,预计在2010年大地解冻、万物发情的季节,它将以《血之罪》的崭新面貌与读者见面。笔者也期待着通过这本新书与各位读者增进感情——请相信,这绝非情渊!

何家弘

写于北京世纪城痴醒斋

- 【卷首语】** 何家弘 人生情渊 / 001
- 【三言拍案】** 刘英明 上海司机断指证清白,“钓鱼执法”合法不合法? / 004  
汪建成 行政执法,不得“倒钩” / 005  
张卫平 “钓鱼案”与司法中立 / 007  
何家弘 执法者的诚信 / 010  
王世涛 “钓鱼执法”与“财政掠夺” / 014
- 【法治漫谈】** 崔敏 有些事情不应该忘记 / 018  
段威 弱者社会? 强者社会! / 023  
汤啸天 善待真话才能保障表达权的正确实施 / 026
- 【法学札记】** 陈翔熙 法源词义探微 / 030  
喻中 未知死,焉知生:临刑心态漫说 / 032  
黄晓亮 “民不畏死,奈何以死惧之”的刑法学分析 / 037  
柯华庆 作为社会改良工程学的法律经济学 / 041  
乔新生 性骚扰立法不能奉行技术主义 / 048
- 【法苑随笔】** 娄耀雄 审美地对待法律 / 054  
单飞跃 金融危机与司法 / 057  
李奋飞 裁判者靠什么来认知事实  
——电影《罗生门》观后 / 061  
吴志刚 “他也这么做了,为什么只处理我啊?” / 068
- 【身边法事】** 李贵方 律师与媒体 / 074  
胡健 法律视角看明星代言问题产品 / 081  
贾焕银 谁是个倒霉蛋? / 085
- 【域外法制】** 朱伟一 证券监管的一场混战 / 089
- 【史海钩沉】** 王立民 中国古代的亲告与相隐 / 094

岳纯之 漫话敦煌“放妻书”的性质 / 098

侯欣一 马锡五与马锡五审判方式 / 102

陈夏红 郑毓秀惹谁了? / 111

【名师剪影】 周珂 维也纳学究老鲍姆 / 116

【聊斋闲话】 肖永平 你为何而来,要带走什么?  
——在 2009 级法学院新生开学典礼上的致辞 / 121

冯亚东 历史、文明与“进步” / 124

宋寒松 从《世说新语》现象说开去  
——漫议解放思想和维护稳定 / 132

徐晓光 博士、博士后与博导 / 136

【法言法语】 杨建国 “法律思想与法律语言”研讨会精彩语录 / 138

【书城夜话】 林来梵 宪法的日偏食结构 / 145

李红海 时间隧道里的英格兰宪政  
——《英格兰宪政史》译者序 / 151

宋大振 精致小品,别样味道  
——评《O. J. 辛普森比窦娥还冤吗》 / 154

【何博士信箱】 读者来信三封 / 158

---

主编 张士宝 特邀执行主编 何家弘

《法学家茶座》项目负责人 李岱岩

执行主编助理 廖明

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

网址 <http://www.sd-book.com.cn>

社址 济南市胜利大街 39 号 邮政编码 250001

编辑部电话 (0531) 82098010

E-mail [fxjcz@vip.163.com](mailto:fxjcz@vip.163.com)

发行部电话 (0531) 82098021

图书在版编目(CIP)数据

法学家茶座.第 29 辑/张士宝主编

济南:山东人民出版社,2010.1

ISBN 978-7-209-05130-9

I.法... II.张... III.法学-文集 IV.D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 024788 号

山东新华印刷厂临沂厂印刷

16 开本(172×232 毫米) 10 印张 160 千字

2010 年 1 月第 1 版 2010 年 1 月第 1 次印刷

定价:14.00 元

## 上海司机断指证清白， “钓鱼执法”合法不合法？

2009年10月14日晚7点多，来自河南的“90后”司机孙中界驾驶车牌号为浙A-DS595的金杯面包车行驶在上海市闸航路上。此时，一名男子满脸愁容地站在马路中央拦车，恳求搭一段路。孙中界心一软就同意了。上车后，该名男子就跟孙中界谈价钱，孙中界没吭声，该男子自顾自地说给出租车起步价——12元。车差不多开出去2公里后，该男子掏出10元钱，放在车上。刚放完钱，行政执法车就来了。孙中界的车被两辆车包围、逼停，随即被指认“涉嫌黑车经营”，车辆被浦东城市管理行政执法局扣留。孙中界回公司后又受到公司的指责，他无法接受自己做好事反被冤枉，回家后冲入厨房，拿刀将左手小指砍下。经检查，孙中界左小指肌腱断裂，伤及肌肉、骨头和神经系统，当晚做了手指缝合手术。

孙中界称，自己遭遇了“倒钩执法”。“倒钩”俗称“钓鱼”，是上海方言，意思是布下诱饵，卖个破绽，将对方引入圈套中。而浦东新区城市交通行政执法大队副大队长严良民则在接受记者采访时称，该司机当天晚上搭载的是普通市民，并非“倒钩”，但鉴于种种原因，这名人员的身份不便公开。在整个过程中，执法人员是“按章办事，没有违规”。

10月14日发生在上海浦东的涉嫌非法营运交通行政执法一事，引起了各界的关注和争议。10月17日，上海市政府首度正式就此回应称，上海市政府已明确要求浦东新区政府迅速查明事实，并将调查结果及时公布于众。上海市政府相关人士强调，“对于采用非正常执法取证手段的行为，一经查实，将严肃查处”。

另，据上海当地一位老司机透露，“倒钩执法”在上海其实很普遍，“因为真的黑车很难抓，所以就找个‘钓钩’来钓你上钩，让你做黑车、罚点款。整个上海市至少有上千个‘钓钩’”。更有传言称，“钓钩”与执法大队关系密切，达成的是“双赢”的利益链：在上海闵行区，“钓钩”每“钓”到一位私家车司机，便可获得300元人民币，宝山区给“钓钩”开出的价格是200元，南汇区是250元，奉贤区则是600元。一个成熟的“钓钩”，月收入少则两三千元，多则五六千元。

（刘英明编写）

## 行政执法，不得“倒钩”

“醒世言”汪建成\*

最近，我从网上热议的汽车司机孙中界好心搭乘求助之人，却被作为非法营运黑车予以处罚的案件中，了解到了“倒钩”一词。“倒钩”是上海方言，俗称“钓鱼”，意即布下诱饵，卖个破绽，将对方引入圈套中。与此相应的“倒钩”执法便是指一种法律现象，即对相关人提供方便其实施违法犯罪行为的机会和条件，而待其实施违法犯罪行为时，一举将其抓获并予以制裁的做法。

这种“倒钩执法”，最早出现在刑事司法领域，主要用来对付一些作案手段高明、难以破获，社会影响又很大的案件。美国历史上曾经将这一做法俗称为“警察圈套”，但后来由于这一做法的滥用而招致社会公众的极大不满，不得不逐渐弃用，以至于在刑事诉讼中“警察圈套”可以作为积极的抗辩事由，即如果被告人主张其实施犯罪行为是“警察圈套”所致，且这一主张得到了证明，那么被告人将会被法庭宣告无罪。

然而，现代社会中，随着交通的便利、科技的发达、通讯的迅捷，犯罪也越来越呈现出隐秘化和高智能化，加上各种有利于被追诉者的人权保障程序规则的设立，使得犯罪的侦破工作也越来越困难，采用常规的侦查手段已经无法适应犯罪控制的需要，于是在各国的刑事侦查过程中，又产生了一种新的侦查手段——诱惑性侦查，而且逐渐在立法上予以确认。

为了克服当初警察圈套所带来的负面影响，各国对诱惑性侦查进行了严格的规范和限制。首先，从使用的前提来看，必须是机会提供型而不是犯意诱发型，即只能是为他人实施特定犯罪提供机会、创造条件，而不能对本没有犯意的

---

\* 作者为北京大学法学院教授。

人诱使其产生犯意；其次，从使用的基础来看，必须有一定的根据判断相关人具有实施特定犯罪的重大可能，且采用常规侦查手段无法侦破时才能采取；再次，从使用的范围来看，严格限定在特定种类的犯罪中，虽然各国的具体法律规定不尽相同，但一般都限于社会危害极大、犯罪组织性较强、难以侦破的案件；最后，从证据使用来看，通过诱惑性侦查手段所获取的证据只能用来证明被抓获的那次犯罪，而不能用来证明其他犯罪。

由上所析可以看出，在法治社会中，“倒钩执法”的做法，应当是被严格禁止的，即使在刑事司法领域出于同犯罪作斗争的需要，也要被限定在非常狭窄的范围内才能使用。因为执法者的职责应当是预防和制止违法犯罪行为，为了达到这一目的却采取帮助行为人实施违法犯罪这一极不正当的手段，这将对公民在合法与非法的边界判断上造成极大的混乱，社会公众对其行为的预期效果无法确定，权力运行的公开化和透明化将丧失殆尽。总之，将对法治国的精神和整个社会的法秩序构成极大威胁。

本案当事人孙中界遭遇的显然不是刑事司法领域中的诱惑性侦查，而是行政执法领域中的“倒钩执法”。上海浦东新区城市交通行政执法部门的执法行为，表面上看正像他们自己所说的那样是“照章办事，没有违规”，但最关键性的问题却是，求助搭乘之人究竟是普通市民，还是该执法部门有意安排而故意布下的诱饵？如果是后者，那么就完全符合“倒钩执法”的基本特征。对此问题，该执法大队副队长严良民在接受记者采访时给出了一个近乎于掩耳盗铃式的解释：他一方面说搭乘人员是普通市民，另一方面却又说由于种种原因，该人的身份不便公布。他的这一说法，再清楚不过地说明，搭乘之人是何人他们非常清楚，但就是不告诉社会公众。如果是一个与他们执法部门毫不相干的普通上海市民，他们为什么不能将其身份公之于众呢？

如果说在刑事司法领域，面对凶残和狡诈的犯罪而不得不允许在严格控制的范围内采取诱惑性侦查手段的话，那么在行政执法领域面对普通社会公众，则绝不允许“倒钩执法”的现象存在。否则，政府形象将会严重受损，社会公众将会人人自危，社会秩序将不得安宁，和谐社会离之远矣！

## “钓鱼案”与司法中立

“警世言”张卫平\*

我们生活在社会中,也必然生活在各种矛盾和冲突之中,有的矛盾和冲突会演变成纠纷,有的纠纷又会演变为事件,并为人们所关注。最近一段时间里,最引世人关注的事件莫过于所谓的上海“钓鱼案”。来自河南的“90后”司机孙中界是第一批登场的主角,他因被“钓鱼”,被执法部门指控涉嫌黑车经营,孙自认为比窦娥还冤,一气之下,拿刀将自己左手小指砍下,以示清白,上演了一出悲壮的活剧,彰显了男儿的血性,也由此牵扯出无数的“被钓者”陆续登场。此事件引发社会的热烈议论,闹得沸沸扬扬。以后这一事件又成了一个行政诉讼事件,进入了司法程序,随后“维权律师”也加盟其中。由于法律工作者的加盟,事件中的法律问题和司法问题也被放大,置于人们的视野“景深”

之中。最初人们关注的是“钓鱼执法”的正当性、合法性以及事实如何认定的问题,“断指能证清白否”便是其中问题之一。以后此案进而又牵涉到了法院的裁判依据以及法院中立性问题,此事件的“景深”变得越来越大,事件也变得愈加热闹。

有报道(中广网北京10月21日消息)称,维权律师郝劲松研究发现,上海系列“钓鱼执法”案中,被栽赃陷害的车主不服处罚决定提起行政诉讼,但总是“屡诉屡败,无一胜算”。“究其原因,背后是上海各级法院撑起巨大的保护伞,为执法犯法的交通执法大队保驾护航。”郝劲松表示,他认真研究了《上海市高级人民法院行政庭关于审理出租汽车管理行政案件的若干意见》(以下简称《意见》)后发现,这份《意见》居然是“上海市高

---

\* 作者为清华大学法学院教授。

级人民法院和市交通执法局等有关部门和专家”研讨出来的。郝劲松分析认为,《意见》有违《中华人民共和国民事诉讼法》第四条的规定。该条规定“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉”。郝劲松律师还指出,该《意见》明显有多处旨在减轻行政机关的举证责任,加重纳税人的举证责任,以及存在着“一刀切”的问题。由于《意见》中涉及诸多该行政执法领域的专门性问题,故笔者不能就此发表评说。笔者感兴趣的问题是法院在审理这类案件时的中立性问题,也就是司法的中立性问题。因为这样的问题在我国实在是具有相当的广泛性。

按照《意见》征求意见时所写的“编者按”,上海市高院制定该《意见》时,与市交通执法局等有关部门以及有关专家学者,就相关问题进行了研讨。在这一过程中,交通执法部门是否提出了自己的意见、《意见》是否采纳这些意见不得而知,但至少执法部门作为行政纠纷的潜在当事人参与了该《意见》的制定。编者按中没有提到有无民意代表参加,推断应当没

有。如果没有民意代表参加,也没有征求民众的意见,可以说这样的《意见》就的确有值得商榷之处了。假如仅仅是法院自己或有专家学者参与的情形下制定的,其形式上的正当性还可以说,但仅有一方当事人的参与下制定审理规则,其正当性当然是有疑问的。在这里,被质疑的是规则制定程序的正当性问题。

我们需要进一步追问的是,为什么法院会与其中一方当事人共谋审理规则,而不是自己单独制定这种实施细则呢?恐怕其主要原因,还是基本权力架构的问题。在我们目前的权力架构下,司法机关本身还没有完全独立的判断能力,法院还不是单纯的司法机关,在许多方面法院必须依赖政府机构,甚至可以说,法院实际上是行政机构的一支。由于这一层内在关系,因此,法院必须与执法部门协同、沟通,为如何有效打击“黑车”这一政府的治理目标献计献策,法院与政府的目标和任务是一致的,只不过是“分工不同”而已。虽然法院也要考虑行政相对人的权益,考虑程序的正当性问题,毕竟法院不是政府机构,但这些问题与政府的治理目标相比

就必然要被置于次要的地位。在制定规则中有利于政府，有利于执法部门，有时是无意识、潜意识的作用，法院自己也往往意识不到。其根本原因就在于法院本身没有处于实质上的中立位置。在处理产品质量侵权的案件中，法院容易自然地站在国有大企业一边，考虑企业的发展；在处理上市公司虚假信息披露所导致的侵权案件中，法院也会自觉地考虑证监会的立场和想法，考虑上市公司的性质；在处理银行交易的纠纷中，法院可能自然地会顾及银行的利益，如此等等。因此，即使在制定具体实施规则时，没有政府相应机构参与，法院也会基于自己的立场主动意识到，在审判中也会自然有所倾斜，这种倾向有时还会头戴上一顶“充分考虑审判的社会效果”的“遮阳帽”。在此等场合下，由于司法的不中立，实体法规定也就必然会被扭曲、变形。这是我们在法治建设中必须要注意的法治问

题。

在社会中，纠纷是无法完全避免的，因此如何正确解决纠纷是我们必须面对的。作为一个迈向法治的国家，对于法律纠纷，当然需要通过适用法律来加以解决，这不仅要求实体法律具有公正性，也要求程序规则有其正当性，还要求司法机关的司法具有公正性。司法机关裁判公正性的一个前提条件是其中立性，这是裁判公正的基本原理所决定的。法治意味着所有主体，包括政府、行政机关、团体、个人都必须受制于法律，不能超越法律。而判断是否超越法律、违反法律的机构必须是中立于这些关系主体，否则，不能成为公正的裁判者。司法的中立性，不是一个外来的观念问题，而是法治社会的必然，是现代司法的生命和灵魂！我们需要做的就是充分认识这一点，并且实际做到这一点。尽管我们会面临许多问题，但相信中国人的智慧能够解决这些问题。

## 执法者的诚信

“喻世言”何家弘\*

上海的行政执法人员采用“倒钩”方法查处“黑车”，致使当事人“断指”以证清白，引起国民关注。一时间，“倒钩执法”或“钓鱼执法”成为各路媒体上的热门话题。毫无疑问，“钓鱼执法”违反了公平正当的执法原则。不过，此事真正触动我心灵的却是另外两个字——诚信。执法者需要诚信吗？在回答这个问题之前，笔者先谈谈两个发生在外国的案例。

大约 20 年前，笔者在美国留学期间，阅读了美国在 20 世纪 70 年代发生的第一起被司法机关追诉的股市内幕交易案的有关材料。该案的一名嫌疑人艾德里安在案发后逃到意大利，检察官试图引渡，但是意大利当时没有关于内幕交易犯罪的法律规定，所以无法引渡。后来，该嫌疑人迫于生活等方面的压力，让他的律师与检察官接触，寻求“辩诉交易”。检察官因为手中证据不足，正好也有“交易”的意向，但是坚持要先了解其证言的价值，然后才能决定是否“成交”。经过一番商讨，双方达成协议：该嫌疑人回美国接受检察官询问；如果证言很有价值，双方达成“交易”；如果价值不大，检察官就给她 48 小时的时间，让其再次离开美国。后来，双方在这个问题上确实都保持了“诚信”，没有食言。在美国，检察官使用“辩诉交易”必须遵守诚信原则，不得采用欺诈的手段，不能以此为圈套来抓捕嫌疑人或骗取口供。

大约 10 年前，笔者与 20 位中国法律专家以近乎马不停蹄的方式“周游欧盟列国”，考察其刑事证据制度。在英国期间，一位学者给我们讲述了一个颇有意思的案例。一个罪犯逃亡国外，警方通过正当程序引渡未果，便设“圈套”将其诱

---

\* 作者为中国人民大学法学院教授。

回国内,抓起来,然后送交审判。在法庭上,辩护律师指责警方的行为具有欺诈性质,违反了诚信原则,要求法官裁定警察的行为无效。法官同意了辩护律师的意见,认为警方要把该被告人抓捕归案,必须通过正当的引渡途径。于是,那个罪犯重获自由,并获准离开英国。听了之后,我的心中有些困惑。那可是一个证据确凿的罪犯,而且犯罪后一直逍遥法外,警察好不容易将其抓捕归案,法官却又放虎归山。换言之,已经钓到的鱼,又给放了,实在可惜。我向英国学者讨教,得到的回答是:法官“放鱼”是为了“保护环境”,因为警察的行为违反了“公平诚信”的执法行为准则。如果放纵警察的这种做法,执法环境势必受到污染。在现代法治国家中,法官的重要职能之一就是要限制警察的权力,要防止警察以打击违法犯罪为借口滥用权力,要竭力维护执法环境的“清洁与平衡”。

在上述两起案件中,执法者都表现得很“绅士”,颇有些对抗之中的“君子风”。我们知道,对抗制是英美刑事诉讼的基本特征。所谓“对抗制”,用美国法律人士的话说,就是“让当事人角斗”,或者说,就是“对立双方的竞争”。“角斗”也好,“竞争”也好,目标都是要战胜对手。但是,为了战胜对手,也不能不择手段,也不能不讲风度,也不能使用“暗器”。这大概就是现代法治国家中执法文明的一种体现。然而,吾国之人似乎对执法者的这种诚信行为准则甚感陌生,以至于有人认为“这帮老外太卡通”!

中国人大概是长于“计谋”的。也许,因为繁衍进化的年代比较久远,所以中国人的大脑构造比较精密。也许,由于社会生存环境比较复杂,所以中国人在对抗思维上有些早熟。几千年前,中国就有了《孙子兵法》和“三十六计”,后来又有了《三国演义》。《三国演义》之精髓就在于诈欺和谋略。如果说王允的“美人计”和周瑜的“苦肉计”还有些小家子气的话,那么诸葛亮的“草船借箭”和“三气周瑜”,绝对是大手笔,堪称运用诈欺谋略的经典之作。中国有一句老话:少不看《水浒》,老不看《三国》。其意在于:少年者本来气盛,看《水浒》更容易大动拳脚惹是生非,给社会添乱;老年人已然多谋,读《三国》更容易老谋深算诡计多端,使人生叵测。然而,《三国演义》的故事已然家喻户晓妇孺皆知,《三国演义》的精神已然潜移默化深入人心。于是,许多人把这些计谋发扬光大,并且移植到官场

上、商场上,乃至执法活动中。

然而,诚信是人类社会交往中重要的行为准则,也是人类社会生活中重要的道德规范。其实,中国的传统道德也很讲诚信。孔老夫子就曾经讲过:人而无信,不知其可。因此,做君子就要“言必信”,做好人就要“仁义礼智信”。为民者要遵守诚信,为官者更要遵守诚信。春秋战国时期著名改革家商鞅强调法治的三要素是“法信权”,其中的“信”就是诚信。据说,商鞅颁布变法令之后,曾以三丈之木置于国都南门,宣布有人能将此木搬至北门即赏十金。市人以为玩笑,无人响应。商鞅又将赏金增至五十金。有一实诚人应募背木至北门,即获得五十金。民众始知官府推行法治之诚信。另传,唐太宗李世民在位期间曾有惊世之举,号称“纵遣天下死囚”——所有判了死刑的人,通通放回家乡,享受天伦之乐,次年秋季自返京城接受死刑。国君能有如此之举,足见当时中国社会中的诚信系统是多么完备!诚然,商鞅“悬赏背木”和李世民“纵遣死囚”,都有作秀之嫌,但也表明了这些执政者对诚信的尊崇。

然而,经过“文化大革命”的洗礼,“诚信”精神被我们一不留神扔进了“历史垃圾堆”。于是,在我们的社会生活中,虚的东西大行其道,假的东西泛滥成灾,“信仰危机”又带来了“信用危机”。于是,诚实会被人以为弱智,信用被看得一钱不值。一言以蔽之,当下中国最欠缺的道德元素就是诚信。如何改变这种状况?窃以为,执政者必须率先诚信,政府官员必须率先诚信。国家政权之根基在于人民的拥护与支持,而要想获得人民的拥护与支持,政府就要通过实际行动来取信于民,守信于民。美国《独立宣言》的起草人、第三任总统托马斯·杰斐逊曾有一句名言:“政府之全部艺术就存在于保持诚信的艺术之中。”

法治的基石就是诚信。法不诚则无威,法无信则无法。没有诚信,就没有法治。在任何一个社会中,法治的实现都包括两个基本环节,即法律的制定和法律的实施。笔者以为,法治的诚信主要体现在法律实施这个环节,而执法者的诚信具有最为现实的社会意义。因为就法治的实现而言,执法者是立法与民众守法的中介,而民众也都有可能成为执法的对象。执法者的诚信主要表现在两个方面:其一是对法律的诚信;其二是对执法对象的诚信。执法者必须秉持对法治的

信仰,才能保有对法律的诚信。执法者必须秉持对人权的尊重,才能保有对执法对象的诚信。虽然执法者在某些情况下也需要与执法对象斗智斗勇甚至使用谋略,但是执法活动必须遵守法律规则,必须遵守公平诚信的基本原则。

为此,我国的执法者首先就需要转变执法观念,其中之一就是要从军事斗争的执法观转向公正文明的执法观。多年来,我国的执法者似乎已然习惯把军事斗争的思维模式运用到执法活动中。人们从“某某专项斗争”和“第×战役”等流行语词中就可以看到这种执法观念之一斑。虽然语词只是思维的符号,但是这些语词习惯也能反映人们的思维习惯。它说明,我们有些执法者在自觉或不自觉地用军事斗争或敌我斗争的思维方式指导执法工作。众所周知,军事斗争往往具有“你死我活”的性质,当然是“兵不厌诈”。但是,执法活动不同于军事斗争,执法对象也不同于军事战场上的敌人。如果说中华人民共和国成立之后面临的首要任务是维护政权,因此在一段时期内沿用军事斗争的思维模式指导执法活动还具有必要性的话,那么在以构建和谐社会和保障经济发展为主要目标的今天,再沿用军事斗争的思维模式来指导执法活动就不合时宜了。其实,执法者把可能成为执法对象的民众都当成敌人的思维习惯也是相当危险的,因为那等于把自己当成了民众的敌人!



## “钓鱼执法”与“财政掠夺”

王世涛\*

【编者按】“三言拍案”写成之后，上海的“钓鱼执法”事件又有了新的发展，《茶座》编辑部也陆续收到一些颇有见地的文章，于是我们特选了王世涛教授的这篇文章，作为“三言”的“续拍”。

2009年9月8日，上海白领张军（化名）因好心帮载自称胃痛要去医院的路人，结果却被城市交通执法大队认定为载客“黑车”，遭扣车与罚款1万元。原来那名路人是执法大队的“钩子”，专门诱人入瓮的。该名“钩子”还强行拔掉张军的车钥匙，七八个身着制服的人将张拖出车外。当时他第一反应是碰到强盗打劫了。他想打电话报警，电话也被抢走。张军称自己被双手反扣，还被卡住脖子，被搜去驾驶证和行驶证。对方告诉张，他们是城市交通执法大队的人。之后两周有相似遭遇的人先后找到张军，讲述了自己类似被“钓鱼执法”的经历。受骗车主多在公司上班，有两人是私人老板司机。欺骗他们的“钩子”各出奇招，有说“家人出车祸急着赶去”，有扮成急着要生孩子的孕妇，甚至还有“钩子”一手吊个盐水瓶去拦车的。至于故意要给他们路费、强拔车钥匙、“扭住胳膊”带离小车、扣车及罚款万元等“钓鱼”流程和张军遭遇一致。

“钓鱼执法”，英美叫执法圈套（entrapment），从法理上分析，当事人原本没有违法意图，在执法人员的引诱之下，才从事了违法活动，国家当然不应该惩罚这种行为。“钓鱼执法”不但突破了人们的道德底线，更为法治国家所绝对不容。众所周知，行政执法必须遵守行政法治原则，“钓鱼执法”与行政法治原则格格不

---

\* 作者为大连海事大学法学院教授。

人。然而,“钓鱼执法”在中国由来已久,特别是在市场经济体制确立之后,这一执法方式在国内屡见不鲜。尽管《行政处罚法》的颁布规范了纷乱的行政处罚执法,但至今,行政处罚过程中,以罚代管、为收罚款而处罚的现象仍普遍存在。其实,“钓鱼执法”与这一滥施行政处罚一脉相承。究其原因在于中国政府的财政体制存在重大弊病。

本来政府提供的公共产品服务,应由纳税人支付对价,因此,政府的运行成本及公务费用应当由财政资金支付。只有这样,政府在提供公共服务时才有物质保障,从而纳税人也才能切实地享受公共服务。然而,中国政府特别是地方政府与纳税人的这一财政关系严重扭曲,出现了畸形的“掠夺式征收”的财政运行模式。

由于政府机构的庞大和公务员队伍的泛化,提供的公共产品的数量和质量不一定有所提高,但消耗财政资金的数量却反而日益增长。纳税人越来越无力承担公共产品的价格。为了化解内部财政消耗的压力,政府只能通过各种手段,包括非法或非正常手段,对纳税人进行财政征收。有的地方政府收费和罚款,名目之繁多、数额之渐增,让纳税人无法承受。过去,各地方政府曾普遍存在的“三乱”——“乱收费、罚款、乱导致”,一度导致民怨沸腾。然而,“三乱”再乱,也有其名目,虽让人怒,但在明处。而“钓鱼执法”则是某些地方政府通过“钩子”使的一个阴招,对受害者而言简直是已经出离愤怒了。它不但让公民无辜地面对政府的违法,更可怕的是,公民会普遍对政府丧失公信,“民无信不立”,没有人民的依赖,政府何以立足呢?

政府机构的设置不合理,导致财政资金的征收使用存在诸多问题。有些部门是典型的政府机构,却作为事业单位管理,如路政部门、海事部门。结果这些部门通过行政规费自收自支。税收与规费相比,同样作为财政征收的方式,前者比后者法治化程度更高、更规范、更透明也更合理,而且征收的成本也较低。因此,成熟的政府财政体制中,规费应尽量转变为税收。养路费变为燃油附加税即体现了中国政府财政征收逐渐法治化的过程。然而,在我国这一问题长期以来却得不到很好解决。很多提供公共服务的机构本该是行政机关,却作为事业单

位管理,游离于国家财政体制之外。国家将财政包袱甩掉了,却直接转嫁给了纳税人。尽管对纳税人来说,一些行政规费的征收是合理的,但很难想象,靠行政规费养活、收费与待遇直接挂钩的部门会不受利益驱使。当部门利益和执法者的收益完全取决于其规费收缴数额的时候,行政执法很容易变为“行政处罚”。不仅如此,在我国即使是正式的国家行政机构,内部仍存在着一些按事业单位进行管理的部门。在某些政府机构,设置培训中心;在公安机关内部,竟然存在一些不占编制的协勤警察。他们在行使公权力时与公务员别无二致,但却没有公务员的身份。这些人虽然行使公共权力,国家财政却不负担其公务支出。“自己动手、丰衣足食”当然成为其不二选择。

“钓鱼执法”暴露了政府财政运行体制的失序。本来各级人大通过预算列支各政府部门的经费,这一经费列支完全取决于本部门的公共服务事项。但由于人大在政府预算审议中议而不审,导致中国财政预算由政府主导。可以说,真正让政府在财政收支中进行道德自律几乎是不可能的。人大的失察及政府的滥权构成了中国财政的乱象,而这一混乱的代价只能由纳税人来买单。由于行政规费几乎都纳入地方财政,因此,各地财政部门对为地方财政作出贡献的纳税和缴费大户,不能无动于衷,各种形式的暗补和奖励纷纷推出,使上缴更多规费的部门尝到了甜头。于是,缴费部门为了部门利益,鼓励执法人员多收费、多罚款在所难免。一个公开的秘密是:我国许多地方政府部门给每个执法人员定下罚款和收费的指标,甚至要签军令状。为了完成征收目标,如果人手不够,在社会中网罗“钩子”顺理成章。在上海的“钓鱼执法”中,民间“钩子”数量在 2006 年激增,皆因规定举报有奖,查扣黑车每辆次奖励 500 元。一个成熟的“钩子”能做到既安全又证据充分,月收入少则三五千元,多则五六千元;“钩子头”一年可达十几万元,一条黑车执罚产业链悄然形成。政府有收入、“钩子”有奖励,于是一张巨大的执法网在社会铺开。不管违法还是合法的车辆都成为猎捕的目标,甚至一些善良的人也因为正义感和同情心受到违法制裁。

中国“掠夺式”财政征收模式的形成除了缘于部门和执法人员的利益驱动,更深层的原因在于,中国政府评价体制和考核体系不规范、不科学。中国地方政