

# 论行政执法中的“诱惑取证”

周 聪

(四川大学 法学院,成都 610207)

**摘 要:**随着经济、社会的不断发展与进步,犯罪的方式和种类日益增多,犯罪技巧及犯罪嫌疑人规避法律的能力也日益增强。行政执法中的“诱惑取证”作为一种特殊执法手段便应运而生,且具有其存在的必要性及合理性。但由于诱惑性执法手段的滥用或不适当使用,易导致本无违法意图或倾向的公民犯法。因此,对于“诱惑取证”应从程序上进行严格控制,对其适用主体、适用范围等都作出严格的限制。“诱惑取证”一旦被滥用,即构成“钓鱼执法”,此即严重侵犯了公民的合法权益。

**关键词:**诱惑取证;证据效力;钓鱼执法

**中图分类号:**G206

**文献标志码:**A

**文章编号:**1672-8580(2011)04-0067-04

随着中国法治进程不断深入以及社会主义市场经济的日趋成熟,政府逐渐由控制型向服务型转变。在转型期间,各种社会问题层出不穷,在行政执法过程中各种新型违法行为也屡见不鲜,其中不乏极具隐蔽性、迷惑性的违法行为,这也极大增加了行政执法的难度。因而在不断地探讨与摸索中行政机关形成了各种不同的执法模式,其中一种便是通过“诱惑取证”来进行执法。但是近年来,由于程序不当等原因,“诱惑取证”问题以各种形态出现在世人面前。

## 一、关于“诱惑取证”

先看两个案例:

2009年9月8日,张军在去往公司的路上,遇到了一名请求搭载他车的男子。张军以其为私家车不载客为由拒绝了该男子的请求,但该男子之后又称其胃疼,请求张军载他到前面不远处,且表示愿意付费。于是,张军出于同情便同意将该男子载到前面不远处,但表示不收取任何费用。然而,当张军将该男子载到目的地的一转弯处时,该男子竟伸手抢拔了车钥匙,随后交通行政执法大队便出现了,扣押了张军的车辆,还对其处罚一万元的罚款<sup>[1]</sup>。

2009年10月14日晚8时,刚把一批工人送到公司基地的孙中界,在上海浦江闸航路口遇到了一名身材瘦弱的年轻人向他招手,欲乘车。但该乘客上车后仅

4分钟,便要求孙中界将车停靠在闸航路188号。然而刚一停车,孙中界便受到了原南汇区交通行政执法大队的检查,执法大队以其“涉嫌非法营运”为由扣下金杯面包车<sup>[2]</sup>。

行政执法中的“诱惑取证”问题较为普遍的发生在现实生活中,上述两个案例便很好地说明了此问题。与“诱惑取证”相联系的是“诱惑侦查”和“警察圈套”。

诱惑侦查,是指对重大复杂的隐蔽性犯罪案件,在有证据证明犯罪嫌疑人有犯罪意图或犯罪倾向的条件下,侦查人员严格根据法律的规定,为犯罪嫌疑人提供犯罪机会和条件,待其进行犯罪或自我暴露时当场将其人赃俱获的一种特殊侦查手段<sup>[3]</sup>。而在美国,警察圈套是指侦查机关或其代理人为了对某人提起控诉,而采用引诱的方法,使本无犯罪意图的人实施犯罪的一种非法侦查行为<sup>[4]</sup>。由此可见,诱惑侦查是在刑事侦查活动中所采取的侦查策略,其前提是行为人有违法犯罪的重大嫌疑,且诸多证据证明其有犯罪意图或者倾向。在这种条件下对侦查对象进行侦查,故而此种手段受到了程序上的严格限制,较为合理合法。而警察圈套则是通过设置执法圈套,引诱无犯罪违法意图的人产生犯罪或违法的意图,从而对其实施相关的制裁。对于诱惑侦查和警察圈套而言,行政执法中的“诱惑取证”也可叫做“诱惑侦查”,两者最大的不同之处在于,“诱

收稿日期:2011-03-18

作者简介:周聪(1990-),女,四川攀枝花人,主要研究方向为法学。

网络出版时间:2011-6-23 网络出版地址:<http://www.cnki.net/kcms/detail/51.1676.C.20110623.1729.015.html>

惑取证”针对的是行政违法行为,其对象所实施的违法行为产生的社会危害性更小。然而此类违法行为又是实践中最为常见的现象,因而严重加大了行政机关的执法难度,使其采取“诱惑取证”的执法方法。

所谓行政执法之“诱惑取证”即是行政执法人员严格依照法定程序,对那些有违法意图或倾向的行为人,或者已经有一定证据证明其一直从事此类违法行为,但仍很难收集到其违法的重要证据的行为人,行政执法人员为其提供一定的条件引诱其违法,当其从事为其提供机会或便利的违法事项时,将其现场抓获的一种特殊行政执法手段。

## 二、“诱惑取证”的必要性和合理性

### (一)必要性

据上述案例的特点,就非法营运进行探讨。上海市奉贤区执法大队开展的非法营运状况及存量调查工作得出的结果如下:对奉贤区7个镇16个点进行了暗访暗拍式调查,整个数据结果显示共发现黑车955辆,从概率学角度对数据进行调整后,该区的实际黑车存量约为1300-1500辆,非法三轮车存量约100辆,非法摩托车存量约50辆<sup>[5]</sup>。再者,据不完全统计,武汉市每一台“黑车”每年偷逃国家各种税费就达1.7万元以上<sup>[6]</sup>。由此可见,“黑车”的存在严重破坏了正常的交通营运秩序,造成整个营运秩序的混乱,并导致国家税收的减少。且“黑车”营运具有相对的流动性、极大的隐蔽性以及相对的普遍性,从而导致执法机关对于非法营运的查处困难重重。

同时,违法行为理应受到法律的制裁,但法律程序必须得到很好的遵守和维护。行政机关对行政违法行为进行处罚必须事实清楚,证据确实充分,然而,现实生活中绝大多数的违法行为却是极其隐蔽,难以发现的,因为任何一个违法者都不希冀自己的违法行为被发现,并且会采取各种方式以规避法律的制裁。所谓道高一尺魔高一丈,这样,如果行政人员以公开表明身份的形式对一些隐蔽的违法行为进行查处,势必会导致违法者以各种手段隐匿、销毁、转移违法证据,从而达到规避法律的目的。并且,现代法律对人权越来越重视,对违法者合法权益的保护日益加重,这也在某种程度上加大了行政人员公开执法的难度。再者,绝大多数的隐蔽性案件中的违法人员会形成一个利益链条,这样,行政人员试图通过链条里的人员来获取相关证据的难度也就相应增加<sup>[7]</sup>。综上情况,对于此类违法行为有采取“诱惑取证”的必要性。

### (二)合理性

在刑事领域,我国学者认为诱惑侦查“从法理和实践分析,在特定限度内实施这种侦查手段应当被允许,这是由犯罪行为对社会的危害性,与使用欺骗性侦查手段的负面影响两者之间相权衡而作出的价值和政策选择。”<sup>[8]</sup>那么,作为行政执法之“诱惑取证”,因其同样是为维护社会秩序,惩罚具有社会危害性的违法行为,理应合理存在。并且诸如“黑车”经营,其对于乘客的人生、财产安全具有极大的安全隐患,但其又以极隐蔽的方式存在,且不易收集证据,故需使用“诱惑取证”。

再者,“诱惑取证”的适用条件应是极其苛刻的,因为抛开行为人违法意图等因素来看,“诱惑取证”即是行政执法机关为相对人提供违法条件使其实施违法行为的手段。根据依法行政原则的要求,行政机关应当依宪法、法律、法规、规章的明文规定实施行政行为<sup>[9]</sup>。而关于行政机关可以向行为人提供违法条件而对其进行行政处罚,我国却并没有规定。因此,仅就此层面而言,这种行为是违反了依法行政原则的。

依法行政的核心是行政职权法定。行政职权法定就要求政府机关在履行职权的过程中要在法律规定的范围内进行,并且运用法律所允许的方法展开<sup>[10]</sup>。那么对于完成形态的和进行状态的违法行为,只要法律法规、规章有明确的规定就当处罚之。对于预备阶段的违法行为,其是否违法,尚存争议。通说认为,除非预备阶段行为本身违法,否则不构成违法。故而,对于违法行为的预备阶段,若本身不违法,则行政机关无权进行处理。“诱惑取证”要求需要有证据证明行为人有严重的违法倾向和明显的违法意图,而此处的“有证据证明”应该指的是,有证据证明其之前有过同类违法行为,且一直延续到现在。而对于此种违法行为法律规定需要“人赃俱获”方可处理时,才可适用“诱惑取证”。然而,在这些具有隐蔽性的行政违法行为中,若不采取“诱惑侦查”这种特殊的手段获取证据,案件往往很难破获,这就对整个社会的和谐稳定构成了威胁。

因此,行政机关采取秘密的方式和手段进行侦查,在有确切的证据证明行为人有违法意图或者违法倾向时,采取“诱惑取证”是合理的。

### 三、“诱惑取证”所得证据的效力

证据具有客观性、关联性、合法性三大属性<sup>[11]</sup>。而“诱惑取证”所获得的证据并非为诉讼程序上的证据,而是行政执法所依据的事实依据。虽然此证据与诉讼程序中的证据非为同一概念,但正如诉讼程序一样,行

政处罚决定所依据的是查明事实,违法事实不清的,不得给予行政处罚。故而可以诉讼程序中的证据效力来参考分析“诱惑取证”所得证据的效力。

#### (一) 客观性

也即证据的真实性,本文针对的是“诱惑取证”中所获取的证据,而不包括之前有证据证明其有同类违法行为的证据。而此处是行政执法人员在行为人不知情的情况下所获取的证据,故而此种证据能够证明行为人事实违法行为时的真实心理状态,而非执法人员伪造的虚假不真实的证据,因而具有真实性。

#### (二) 关联性

此证据是行政执法人员为了执法而为行为人提供违法条件,因此而取得行为人本次违法的证据。因此此证据与行为人本次违法具有极大的关联性。

#### (三) 合法性

此属性对于本文所述证据最为关键。所谓证据合法性是指证据的取得应当符合法定的程序。而我国现行证据规则中的非法证据排除规则中关于行政诉讼的非法证据主要是指,行政诉讼法对被告向原告取证的时间做了限制性规定,即“在诉讼过程中,被告不得自行向原告和证人收集证据。”然而,“诱惑取证”中的证据非为诉讼程序中的证据,因此本证据的合法性应当另行拟定标准。

《行政诉讼法》对行政执法中的调查程序仅作了原则性规定,该规定确立了依法、全面、客观等原则<sup>[12]</sup>。而《治安管理处罚法》明确规定“以非法手段收集的证据不得作为处罚的根据”。由此,其要求依照法定程序进行,手段要合法。合法手段是在不损害国家、社会公共利益以及他人合法权益的前提下所采取的手段,但并不一定有法律的明文规定。如前文所述,“诱惑取证”是执法人员针对有违法倾向的行为人暗中采取的行为,没有损害到其合法权益,更没有损害到国家和社会利益。故此种证据是通过合法手段而取得的,是真实且有关联性的,可作为行政行为的依据,不应该排除<sup>[13]</sup>。

#### 四、实践中存在的问题及相应解决措施

正如文章开头两个案例所呈现的,在行政执法实践中出现了诸多侵犯公民合法权益的现象,其行为则是借“诱惑取证”的由头而实施的“钓鱼执法”的违法行政行为。但二者存在着让人混淆的关系,故要把握好“诱惑取证”,就得先解决好“钓鱼执法”所产生的相关问题。

在“钓鱼执法”中,涉及到执法机关、被“钓鱼者”及“钓钩”。对于“钓钩”可分作三类:第一类是违法行为的

受害人;第二类是行政执法机关内部的执法人员,在定期或者不定期的执法中扮演乘客以查处违法行为;第三类则是长期从事“钓钩”职业,通过举报以获取奖金的人。其中第三类在“钓鱼执法”中占了相当大的比例,也是具有较大危害,因为在其“钓鱼”过程中经常发生拔车钥匙,实施限制人身自由等侵权行为,严重的还有可能滋生犯罪。针对上述问题,笔者认为可以通过以下途径解决。

#### (一) 严格控制举报奖金发放

“钓鱼执法”中“钓钩”们最大动力就是举报奖金,长期从事此行为的人,每月少则两三千,多则五六千收入,集团头目每年可能会有几十万收入。面对巨额的金钱诱惑,故而经常发生“钓钩”侵犯他人权利的现象。故笔者认为,在举报奖金发放前应当仔细调查被举报行为,只有被举报行为确实违法,而非在“钓钩”引诱之下实施违法行为时方可发放举报奖金。并且,应该严厉杜绝行政机关与“钓钩”有利益上的往来,这样才能从源头上控制“钓钩”,从而减少违法行为<sup>[14]</sup>。

(二) 明确“诱惑取证”中行为人的主观方面和诱惑行为与违法结果间是否存在因果联系

在判断是“诱惑取证”还是“钓鱼执法”中最为关键的一点,就是行为人在行政人员提供诱惑机会和条件之前,是否在主观上存在实施该违法行为的意图。笔者认为,合法的“诱惑取证”是在有一定证据证明该行为人有违反行政法律法规的意图或倾向,但由于调查取证的困难而无法收集到其违法的重要证据的前提下,而采取的提供机会和条件引诱其再次实施违法行为,从而收集到切实证据,将违法行为人绳之以法的特殊行政执法行为。因此,在“诱惑取证”前提下,行为人在实施为其提供了机会和条件的违法行为之前,就应该有违法的意图或倾向,并且该意图和倾向不能以行为人是否曾经从事过此类违法行为为判断依据。但是,行为人在行政人员提供了机会和条件以后才临时有违法意图和倾向的,即该违法行为是因行政人员的引诱而产生的,这在主观方面就存在重大瑕疵,故而不论该诱惑行为是否合法,都成立“钓鱼执法”。然而,主观方面是否存在犯罪意图是较难证明的,只能通过外在的客观行为来加以佐证。

同时,“诱惑取证”是否合法,除了应明确行为人在行政人员引诱之前就存在违法意图和倾向外,还须明确行为人的违法结果与行政人员的引诱之间是否存在必要的因果联系。若行为人在行政人员引诱之前就已经存在违法意图和倾向,但并未有实施该违法行为的

意图,实施该违法行为是因为有了行政人员提供的机会和条件,那么,行为人的违法结果与行政人员的引诱之间就存在必要的因果联系,故而构成“钓鱼执法”。合法的“诱惑取证”应是无论行政人员对行为人是否进行引诱,该行为人都实施此违法行为,而行政引诱的目的只是行政人员收集该行为人违法证据的一种方式,而非必要和诱发条件,即其中不存在必要的因果联系。

### (三)禁止滥用“诱惑取证”的适用主体及适用范围

“诱惑取证”应适用于那些对社会有较大危害性,违法行为又较为隐蔽,收集证据不易,但社会影响恶劣,严重危害社会秩序的违法行为。行政机关为了获取行政处罚或者完成一些内部“指标”而故意为之的“诱惑取证”行为就应该坚决排除在外。并且,面对一些利益和诱惑,绝大多数人的抵抗能力是有限的,若随便就使用“诱惑取证”的方式,也是不被法律所允许的。

(四)严格规范“诱惑取证”的程序,避免其过度而形成“钓鱼执法”

“诱惑取证”的正确实施,不仅需要实体上的合法,在程序上也应当有严格的规范。为了防止行政机关的滥用和不合理使用,更为了预防如“钓钩”一类现象的发生,笔者认为,在行政机关内部,应该建立一套严格的程序,具体规定一些隐蔽性但具有较强社会危害性的违法行为适用“诱惑取证”,且也并非只要是规定了违法行为行政人员都可以自由实施引诱行为,行政人员在实施“诱惑取证”之前还必须提交一定的材料或证据,并经过一个特定的机构或主管领导的批准方可执行。实施“诱惑取证”须在行为人有实施该违法行为的意图或倾向的基础上加以引诱,而非对其主观意识也加以诱惑,因此,在实施前必须提供相关的证据证明行为人具有实施该行为的意图或倾向,否则也就很难确保“诱惑取证”的合法性。

“诱惑取证”具有其存在的必要性,是行政机关的

一种合理合法的行政执法手段,但适用不当就很可能超出必要限度而侵犯到公民的合法权益,故须把握好一个“度”,避免“钓鱼执法”现象的出现,以更好的维护司法公正,保护公民的合法权益。

### 参考文献:

- [1] 黄陈锋.载了一个自称肚子疼的人被罚了一万元[N].都市快报,2009-10-10.
- [2] 陈磊.你是倒钩我是鱼[J].南方人物周刊,2009,(44):46-47.
- [3] 陈学权.程序法视野中的诱惑侦查[J].中国刑事法杂志,2004,(2):82.
- [4] [美]布莱恩·加纳.布莱克法律大词典[M].宁波:宁波出版社,2009:532.
- [5] 奉贤区交通执法大队.区执法大队开展非法营运状况及存量调查工作[EB/OL].(2009-08-05)[2011-04-06].<http://www.fxjs.gov.cn/fxjjw/InfoDetail/?InfoID=4a2665dd-ed89-43a4-91f7-9a25ce3dbec7&CategoryNum=002001004>.
- [6] 刘海.“黑车”问题探讨[EB/OL].(2007-04-12)[2011-04-06].<http://www.hbjt.gov.cn/website/show.asp?id=29140>.
- [7] 邹荣.“暗乘”取证的合法性研究[J].东方法学,2009,(6):101.
- [8] 何家弘,龙宗智.诱惑侦查与侦查圈套/证据学论坛:第3卷[M].北京:中国检察院出版社,2001:21.
- [9] 姜明安.行政法与行政诉讼法[M].北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2007:65-66.
- [10] 刘爽.由黑车倒钩事件谈依法行政原则[J].辽宁师专学报,2010,(2):138.
- [11] 严军.证据法学[M].兰州:兰州大学出版社,2006:34.
- [12] 卞建林.证据法学[M].北京:中国政法大学出版社,2007:370.
- [13] 张华,刘玉生.“打击拼车”中行政行为的法律探析[J].长沙大学学报,2010,(6):55-56.
- [14] 王春业.论“钓鱼执法”及其治理[J].河北科技大学学报:社会科学版,2010,(2):43-48.

责任编辑:万东升

## On “Alluring to Forensics” in Administrative Law Enforcement

ZHOU Cong

(School of Law, Sichuan University of China, Chengdu 610207, China)

**Abstract:** With the development of society, the way and the kind of crime are increasing; crime skills and the ability of the suspect to circumvent the law are also increasing. The “alluring to forensics method” in administrative law enforcement, as a special law enforcement means, has its existence value and rationality. However, because of the abuse or excessive use of this method, it is easy to cause the person who has no crime intentions to become a criminal. Therefore, this method should be strictly limited from the legal procedure regarding the applying subject and scope etc. Once this method is abused, it becomes “entrapment”, which seriously violates the legal rights of citizen.

**Key words:** alluring to forensics method; Effect of the evidence; entrapment