

论行政程序中的证明标准

»» *On the Standard of Proof in Administrative Procedure*

汪成红◎著



科学技术文献出版社
SCIENTIFIC AND TECHNICAL DOCUMENTATION PRESS

论行政程序中的证明标准

On the Standard of Proof in Administrative Procedure

汪成红 著



科学技术文献出版社
SCIENTIFIC AND TECHNICAL DOCUMENTATION PRESS

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

论行政程序中的证明标准 / 汪成红著. —北京: 科学技术文献出版社, 2014. 4
ISBN 978-7-5023-8800-3

I. ①论… II. ①汪… III. ①刑事诉讼 - 举证责任 - 研究 IV. ① D915.313.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 069435 号

论行政程序中的证明标准

策划编辑: 王蕊 责任编辑: 杜新杰 宋玉 责任校对: 赵瑗 责任出版: 张志平

出版者 科学技术文献出版社
地 址 北京市复兴路15号 邮编 100038
编 务 部 (010) 58882938, 58882087 (传真)
发 行 部 (010) 58882868, 58882874 (传真)
邮 购 部 (010) 58882873
官方网址 www.stdp.com.cn
发 行 者 科学技术文献出版社发行 全国各地新华书店经销
印 刷 者 中印集团数字印务有限公司
版 次 2014年4月第1版 2014年4月第1次印刷
开 本 710×1000 1/16
字 数 157千
印 张 9.75
书 号 ISBN 978-7-5023-8800-3
定 价 39.80元



版权所有 违法必究

购买本社图书, 凡字迹不清、缺页、倒页、脱页者, 本社发行部负责调换

前 言

证明标准不仅存在于诉讼阶段，行政程序中也存在着证明标准，并且，实践中，这种标准正在自觉与不自觉地被运用。然而，遗憾的是，从我国的立法现状看，除了《行政处罚法》、各部门的行政法规、规章等对证明标准略有涉及之外，目前行政程序中的证明标准基本处于“自由裁量”状态。此外，我国《行政诉讼法》中规定的“证据确凿”这一元化证明标准也已无法适应行政行为种类的复杂性。这种制度现状，不仅给行政执法带来了许多困惑，造成了实践中证明活动的混乱与事实认定的偏差，出现了同类事实在个案中结局迥异的情形，而且，从某种意义上，也影响了行政权在社会生活中应有功能的发挥。

本书以诉讼证明标准的分析为背景，提出了行政程序证明标准应坚持的真实观，并最终以案件事实在相对人权益影响的大小、案件事实的时间属性等因素为基础，尝试着勾画出了行政程序中证明标准差别性适用体系的具体轮廓。

除1“引言”与7“结语”部分外，文章正文部分共分五章。

2“证明标准的内在理路”，人对过去发生事实的认识是有局限性的，需要通过一个程序去评判过去的事实，这也正是证明标准预设的逻辑起点。它是法律跳出“死循环”的解脱符，因为越过它，就到达了“彼岸”。

3“行政程序证明标准的分析背景”，证明标准并不仅存在于诉讼中，但研究诉讼中的证明标准也会给我们带来许多有益的启示。当然，如果行政诉讼中的证明标准与行政程序中的证明标准不一致，那么最终会导致行政机关适用时的无所适从。因此，对于同一案件事实，行政诉讼与行政程序的证明标准应当一致，并且后者才是源。

4“行政程序证明标准的理念之争”，在理念层次上，行政程序证明标准应当以“客观真实”为原则，以“法律真实”为补充。这主要是以案件事实的时间属性为依据而提出的观点，因为与诉讼程序不同的是，行政程序中的

案件事实绝大部分为现存事实。

5 “行政程序证明标准的多元化”，基于行政程序中证明标准的设定不仅要受公正与效率等价值取向的约束，同时，还要受裁判者的认识能力、行政案件的类型、证明的难易程度、行政决定的重要性等多重因素的影响，因此，行政程序证明标准决不是一种简单的定性与定量，作为一种法定标准，它也应当具有多元化的“品格”。

6 “行政程序证明标准的模式设想”，本章从行政程序证明标准表述的层次性入手，指出，虽然行政案件类型的多样化决定了行政程序证明标准的多元化与层次性，但过于复杂与细琐的证明标准也容易导致具体适用时的烦琐，从而削弱证明标准的实际指导意义，因此，本文最终提出了对于实体性事实，以“清楚而有说服力”的证明标准为一般原则，以“确定无疑”、“优势证明标准”、“合理可能性标准”为补充的具体思路。

目 录

1 引言	1
1.1 问题的提出	1
1.2 研究现状	3
1.3 研究方法	6
1.3.1 法哲学方法	6
1.3.2 以西方国家证明标准考察为基点的比较研究	7
1.3.3 以中国问题为支点的实证研究	8
1.3.4 经济分析方法	9
2 证明标准的内在理路	11
2.1 证明标准的一种解析	11
2.1.1 语义解读	11
2.1.2 概念的误用	13
2.1.3 证明标准外延之探究	17
2.2 证明标准预设的现实价值	20
2.2.1 证明标准的特性	21
2.2.2 证明标准预设的现实意义	26
2.3 小结	30
3 行政程序证明标准的分析背景	32
3.1 西方国家诉讼证明标准之理论考察	32
3.1.1 英美法系诉讼中的证明标准	32
3.1.2 大陆法系诉讼中的证明标准	39
3.1.3 三大诉讼证明标准的差异性分析	42
3.2 我国诉讼证明标准的现状与反思——应然与实然之间	46
3.2.1 立法规定	46
3.2.2 学理界说与实证考察	49
3.3 行政程序证明标准的生存空间	53

3.3.1	行政程序证明标准与行政诉讼证明标准的异同	53
3.3.2	两种标准的分与合	57
4	行政程序证明标准的理念之争	62
4.1	“真实观”的理论界说	62
4.1.1	“客观真实说”抑或“他说”	62
4.1.2	两种真实观的评论性考察——以诉讼为视角	64
4.2	行政程序证明标准的“真实情结”	69
4.2.1	案件事实的双重视角：一个实证分析	69
4.2.2	选择与定位：行政程序证明标准应坚持的“真实观”	75
4.3	小结	79
5	行政程序证明标准的多元化	81
5.1	我国行政程序证明标准的制度性缺陷与出路	81
5.1.1	行政程序证明标准的域外考察	81
5.1.2	我国行政程序证明标准的缺陷与出路	85
5.2	从一元化证明标准走向多元化	90
5.2.1	实务与反思	90
5.2.2	多元化证明标准的必要性分析	95
5.3	设定行政程序证明标准应予考量的因素	97
5.3.1	证明标准设定的经济分析	97
5.3.2	标准设定的“参考指标”	102
5.4	小结	106
6	行政程序证明标准的模式设想	108
6.1	行政程序证明标准的具体表述	108
6.1.1	几种“经典”的表述	108
6.1.2	学理展开	113
6.1.3	观点与理由	116
6.2	差别性适用体系的理论分层	120
6.2.1	模式设想	120
6.2.2	体系阐述	121
6.3	行政程序证明标准的具体适用	132
6.3.1	评价证明标准是否正确适用的困难性	133

6.3.2 控制机制	134
7 结语	139
参考文献	141
一、中文著作	141
二、外文译著	143
三、中文论文	145
后 记	148

1 引言

1.1 问题的提出

行政行为的合法性首先取决于它的事实依据与法律依据。一个具体行政行为的作出，如果没有准确的事实认定，任何精确的法律依据都会变得毫无意义。“事实的真伪，其分水岭在于是否符合证明标准。”^① 证明标准是行政证据制度研究中一个十分重要也极其敏感的区域。^②

正如行政决定，不仅应当包括法律依据，而且也应当包括事实依据一样，行政证据的证明标准也可以分为行政诉讼的证明标准与行政程序的证明标准。^③ 在行政执法的实践中，行政机关对案件事实的证明究竟应达到怎样的程度，这是行政机关每日不得不面对，却又十分困惑的问题。笔者曾经对某行政机关的重大案件审理进行了统计调查，在该局一年审理的 48 件案件中，有 11 件案件在审理过程中，对于证据是否充分、怎样才算充分或者证据究竟应达到什么程度才可作出行政决定，争议较大。^④ 以至于许多行政机关工作人员坦言，为什么行政法律法规不对证明标准作出更明确的规定呢？因此，证明标准是行政程序中一个十分重要也极为关键的问题。^⑤

① 江伟主编：《证据法学》，法律出版社 1999 年版，第 109 页。

② 从证据制度的名称上看，我们不难发现，各种证据制度都是依据不同国家证据制度中的证明标准而确定的，由此可见证明标准在证据制度中的地位。参见裴苍龄：《制定证据法典刻不容缓》，载《法商研究》1999 年第 5 期。

③ 行政程序中的证明标准（the standard of proof），是指在行政程序中利用证据对行政案件事实或争议事实加以证明所要达到的程度。

④ 资料来源于浙江省杭州市国家税务局。

⑤ 当然，证明标准也是行政诉讼中十分重要的问题。在我国当前的司法实践中，证明标准是一个不能回避的问题，某市中级人民法院法官曾经作过这样一个统计，在他所在的中级法院，审判委员会两年间讨论的 379 个案件中，有 308 件研究讨论的重点是分析全部证据是否能够达到认定事实的标准问题，占讨论案件的 81.3%。而该院所辖的 20 个基层法院的审判委员会两年间讨论的与证明标准问题密切相关的案件事实的平均数占讨论个案总数的 36.2%，其中最高为 100%，即每个案件都是在讨论事实认定的基础上再讨论法律依据。参见胡建萍（四川省成都市中级人民法院）：《证明标准问题之司法实务考查》，载陈光中、江伟主编：《诉讼法论丛》（第七卷），法律出版社 2002 年版，第 148 页。

然而，遗憾的是，我国在行政程序的证明标准问题上，由于理论界对此还未引起充分的重视，许多学者都致力于研究行政诉讼中的证明标准，却忽视了行政程序中的证明标准问题。事实上，行政程序证据有其自身的规律和特点^①，行政程序中的证据制度不同于行政诉讼程序中的证据制度，行政程序应当有其独立的证据制度，其证明标准的确定也应当有其独立的研究价值。徐继敏教授在《行政证据通论》一书中曾描写过这样一个简单的案例：在我国南方的一个城市禁止汽车在市区鸣喇叭，有一个司机偶然在市区鸣喇叭，执法的交通警察亲耳听到了汽鸣声，故当场认定其违法并作出罚款决定。后该司机向人民法院提起行政诉讼，认为警察的处罚无事实依据，最终，经人民法院审理认定，该行政处罚证据不足，撤销了该行政处罚决定。^②显然，此案中，如果仅以《中华人民共和国行政诉讼法》^③中规定的“证据确凿”作为衡量该具体行政行为合法与否的标准，法官的判决并无不当，因为交通警察无法当场收集充分的证据，故而也无法向法院提供有力的证据。但在行政程序中，对于一个具体的行政处罚行为，交通警察亲身感知了整个交通违法事实，就违法事实发生的真实性而言，该司机确实存在鸣喇叭的违法事实，根据《中华人民共和国行政处罚法》^④的规定：“违法事实确凿的，可以当场处罚”，“行政机关要查明事实，违法事实不清的，不得给予行政处罚”，交通警察所作出的行政处罚行为并不违法相关行政程序法的规定，只是不同程序中不同的证明标准导致了不同的事实认定，这不得不让我们重新思考：行政程序中是否存在独立的证明标准，它与行政诉讼中的证明标准究竟应是怎样的逻辑关系，行政程序中的证明标准又应当如何定位与定性？

目前，在实践中，行政程序证明标准正在自觉与不自觉地被运用，但从我国的立法现状看，由于行政程序中的证据制度尚未实现法制化，理论界和实务界对行政执法中的相关证据制度缺乏深入研究，行政程序证明标准基本处于“自由裁量”状态。在分散的行政程序法律制度中，除了《行政处罚法》、各部门的行政法规、规章等对证明标准略有涉及之外^⑤，即“查明事

① 参见徐继敏：《论行政程序中的证据制度》，载何家弘主编：《证据学论坛》（第七卷），中国检察出版社2004年版，第349～351页。

② 参见徐继敏著：《行政证据通论》，法律出版社2004年版，第181页。不过，最高人民法院在2006年公布的案例中已经意识到了交通警察取证的困难性，并在判决中对行政机关认定的事实采取了尊重的态度。

③ 1989年4月4日第七届全国人民代表大会第二次会议通过，1990年10月1日起施行，以下简称《行政诉讼法》。

④ 1996年3月17日第八届全国人民代表大会第四次会议通过，自1996年10月1日起施行，以下简称《行政处罚法》。

⑤ 当然，《中华人民共和国行政许可法》也略有涉及，但不明确。

实”、“违法事实确凿并有法定依据的……可以当场作出行政处罚决定”、“违法事实不清的，不得给予行政处罚”，其他行政程序法律、法规均未明确规定，而究竟何谓“事实确凿”又是十分难以把握，也很难操作与评判的表述。行政程序中证明标准不明确、不科学的制度现状，给行政执法带来许多困惑，造成了行政执法实践中证明活动的混乱与事实认定的偏差。

此外，我国《行政诉讼法》中规定的“证据确凿”一元化证明标准也已无法适应行政行为种类的复杂性，如行政给付、行政许可、行政强制措施等，不同的行政行为，其所适用的标准也可能不同，标准过低，可能导致认定事实错误，无法实现公平正义；过高，又可能导致行政成本的增加，行政效率的降低。因此，当前，在行政程序法中确立一个统一的、多层次的、具体的行政程序证明标准具有极其重要的理论意义与实践意义。

实践的需要推动着理论的发展，英国学者卡尔·波普尔（Karl Popper）曾经说过：“只有通过问题，我们才会自觉地掌握一种理论。正是这个问题，激励我们去学习；激励我们去推进我们的知识；激励我们去实验，去观察。”^①正是带着对上述现实问题的思考，本论文拟从三个层次对行政程序中的证明标准进行深入探讨、研究，以期构建一个具体的、多层次、可操作的行政程序证明标准。

1.2 研究现状

我们总是试图踏在前人的肩膀上，去思考未来，学术研究也不例外，更多的时候，它应当是一种接力赛。对证明标准的研究，从1993年到现在，可谓日趋激烈。笔者曾以“证明标准”一词为题名，对1998年至2008年间的关于证明标准的论文作一检索，命中相关研究论文多达429篇。^②然而，不容忽视的是，这些论文对于证明标准的研究基本都专注于诉讼法学领域，即研究的是诉讼中的证明标准，而关于行政程序证明标准的研究论文却寥若星辰，因此，其研究脉络也较为清晰。

1993年，刘善春教授在《行政法学研究》上发表了《行政程序和行政诉讼证明标准》一文，该文首次提出了“行政程序证明标准”一说，并指出：“行政诉讼证明标准和行政程序证明标准有共同点，也有不同之处。相同点指，就具体行政行为合法性的证明程度（精度）来讲应是一致的。就证明范

^① [英] 戴维·米勒著、张之沧译：《开放的思想和社会——波普尔思想精粹》，江苏人民出版社2000年版，第185页。

^② 该数据是通过“中国知识资源总库：CNKI系列数据库”查询所得，包括学位论文。

围来讲，行政程序证明范围既涉及具体行政行为合法性事实证明，又涉及合理性事实证明，而行政诉讼证明范围一般只涉及合法性事实证明。所以一般地讲，行政程序证明范围宽于行政诉讼证明范围，这就是行政程序证明标准和行政诉讼证明标准的不同之处。”^①

此后，章剑生教授在1997年《法商研究》上发表的《行政程序中证据制度的若干问题探讨》一文中也指出：“行政程序中的证明是指行政主体在行政程序中通过依法收集证据以确定某些事实所进行的一种法律活动。”^②并提出了“证明成熟性原则”这一表述。^③

2003年，马怀德教授在《行政诉讼证据问题研究》一文中再次提道：“行政机关在行政诉讼中的证明任务之一是证明自己在行政程序中作出具体行政行为时达到了应当达到的证明标准。行政诉讼证明标准是从行政程序证明标准转化而来的。同一个标准，对行政机关来说是‘证明’的标准，对人民法院来说是‘审查’的标准。行政诉讼证明标准的确定，必须考虑行政程序的证明标准。”^④

2004年徐继敏博士编著了《行政证据通论》一书，2006年编著了《行政证据制度研究》一书，书中有部分章节对行政程序中的证据制度进行了分类研究，如行政许可证据制度、行政强制证据制度、行政处罚证据制度、行政裁决证据制度，这也是目前国内仅有的对行政程序证明标准进行较为详细研究的专著。同时，徐继敏博士自2003年以来，在《中国法学》、《当代法学》等学术期刊上也发表了《试论行政处罚证据制度》、^⑤《行政强制证据制度初探》^⑥等行政程序证明标准的相关论文。

此外，近年来，也有一些学者对行政程序中的证明标准有所涉及，如学者周士逵、冯之东撰写了《行政证据制度的证明标准》一文，该文从证明标准的视角对行政证据制度和行政诉讼证据制度的同一性和差异性进行了分析，

① 刘善春：《行政程序和行政诉讼证明标准研究》，载《行政法学研究》1993年第2期，第47页。

② 章剑生：《行政程序中证据制度的若干问题探讨》，载《法商研究》1997年第6期，第57～63页。

③ “当待证事实和已知事实相连接后，在什么情况下或者依何种标准可以推断待证事实在法律上已经成立。我们称之为证明成熟原则。应当说，这个问题是证据法理论中一个极其重要的问题。因此，许多国家的法律包括判例对证明成熟性原则都有规定，成为程序法中的重要内容之一。”参见章剑生：《行政程序中证据制度的若干问题探讨》，载《法商研究》1997年第6期，第57～63页。

④ 马怀德、刘东亮：《行政诉讼证据问题研究》，载何家弘主编：《证据学论坛》（第四卷），中国检察出版社2002年版，第220页。

⑤ 徐继敏：《试论行政处罚证据制度》，载《中国法学》2003年第2期，第34～40页。

⑥ 徐继敏：《行政强制证据制度初探》，载《当代法学》2006年第1期，第63～67页。

并旨在从二者的异同之处去探索保持二者衔接性和一致性的理论依据，以此为建构行政证据制度提供些许理论上的参考。^① 学者赵德关在《浅谈我国的行政证据制度》一文中也提到了行政程序中的证明标准。^② 鉴于证明标准对于行政机关日常办理行政案件，特别是作出行政处罚决定的重要性，一些实践部门的学者也对行政案件的证明标准提出了自己的见解。这些文章有《刍议治安行政案件的证明标准》^③、《论行政案件的证明标准》^④ 等。

不可否认，在我国当前的行政法学领域，行政证据制度，特别是行政程序中证明标准的研究仍是一块急待开发的处女地。当然，由于行政程序中的证明标准与行政诉讼中的证明标准有着一定的相通性，许多诉讼中的理论也可以直接借鉴与移植，故本文的研究也是以诉讼证明标准的分析为背景的。

值得注意的是，目前，学术界对是否应建构证明标准，也有着不同的观点，以诉讼证明标准的建构为例，张卫平教授对试图建构证明标准的作为持怀疑态度，张教授在《证明标准建构的乌托邦》一文中提出证明标准建构仅仅是一种美好的愿望，“如何建构一个科学判断诉讼中当事人证明是否成立的标准，一直是人们所企望的。但基于标准的客观化、具体化的要求，要求获得一种抽象的又依赖于法官主观认识的证明标准是不可能的，这种标准的建构只能是一种乌托邦式的空想。证明度的判定，只能是在某种理念和原则的指导下，依靠法官的良心和知识，根据案件的具体情况来把握。”^⑤

对此问题，何家弘教授在《司法证明标准与乌托邦——答刘金友兼与张卫平、王敏远商榷》一文中进行了反驳，并指出：“证明标准是可以有不同层次的，标准的抽象和具体也是相对而言的，或者说，从抽象到具体之间可以划分许多不同的等级。”“证明标准是一个由不同层次上的标准构成的体系；建构司法证明的标准不仅局限在第三个层次上^⑥；即使在第三个层次上，建构证明标准也不是‘乌托邦’。”^⑦

① 参见周士逵、冯之东：《行政证据制度的证明标准》，载《甘肃行政学院学报》2008年第1期，第104~108页。

② 参见赵德关：《浅谈我国的行政证据制度》，<http://law.chinalawinfo.com/newlaw2002/SLC/2008-02-25.html>，2008年5月26日访问。

③ 参见周银坤：《刍议治安行政案件的证明标准》，载《山西广播电视大学学报》2008年第1期，第81~82页。

④ 参见盛汉平、吴可益：《论行政案件的证明标准》，载《行政与法制》2003年第5期，第33~34页。

⑤ 张卫平：《证明标准建构的乌托邦》，载《法学研究》2003年第4期，第60~69页。

⑥ 即构建具体性、明确性或可操作性的证明标准。

⑦ 何家弘：《司法证明标准与乌托邦——答刘金友兼与张卫平、王敏远商榷》，载《法学研究》2004年第6期，第94~105页。

正是缘于对“证明标准建构不是‘乌托邦’，而是一种实实在在的实践需要与路径选择”的坚定信念，笔者尝试着在行政程序证明标准的研究领域开始作一些粗浅的勾画。

1.3 研究方法

“法学非理论科学，而系应用科学；非徒凭纯粹的理论认识，即足济事，而应统合理论与实践，通过法律的应用，始能满足吾人之社会需求，达到社会统制目的。”^①“法学研究不仅仅是一种理论的研究，从某种意义上言，更具有较强的实务性，研究证明标准自然也应当把具体化和制度化放在第一位。”^②对于行政程序证明标准的研究，其本身就具有较强的实务应用性，因此，在方法论上自然也应是规范分析与实证分析的结合。

证明标准的研究涉及四个层次上的问题。第一层次是理念的层次；在这个层次上，主要是探讨行政程序中的证明标准究竟应采用“法律真实说”还是“客观真实说”抑或是“他说”；第二层次是证明标准的具体表述；这涉及是表述为“案件事实清楚、证据确实充分”还是“排除合理怀疑”等其他表述方式。第三层次是对号入座问题；即不同的具体行政行为，如行政强制措施、行政许可、行政处罚等应当适用何种证明标准。第四层次是关于证明标准的实际把握；即在个案中，证明达到何种程度，才可以认为案件事实已达到了相应的标准。^③对于上述问题的分析与阐述，除了在理论上进行整理与探讨，更需要深刻把握我国行政程序证明标准的现状，并把解决现实问题作为理论研究的出发点和落脚点。^④

1.3.1 法哲学方法

“从总体上看，法学并不是一门自治的或自主的学科”^⑤，法学理论在很大程度上会受到其他诸如社会学、政治学、经济学等学科的渗透与影响，其中，

① 杨仁寿著：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第50页。

② 参见李浩：《证明标准新探》，载《中国法学》2002年第4期，第129~140页。

③ 参见龙宗智、何家弘：《刑事证明标准纵横谈》，载何家弘主编：《证据学论坛》（第四卷），中国检察出版社2002年版，第146页。

④ 鉴于第四层次的问题主要是指在何种情况下，依据哪些证据可以认为达到证明标准，需要依个案而定，并且如何把握也只有承办案件的行政机关执法人员来回答，因此，在理论上较难以言说，本文在此只能从监督与控制的角度对此进行分析。

⑤ [美]理查德·A.波斯纳著、苏力译：《法理学问题》，中国政法大学出版社1994年版，第532页。

最为重要的是哲学的影响。法学理论也并非空中楼阁，在该理论形成的过程中，法学实践是至为关键的一步，而一定的哲学语境又决定着对实践经验的解释与总结，并潜移默化地决定着理论的形成与特征。^① 以至于我们对很多问题的解释与分析不得不求助于哲学，特别是法哲学。

“法哲学是从哲学角度研究法在指导人们正确生活方面的作用。”^② 美国哈佛大学教授弗里德里克曾经指出：“任何法哲学都是一定哲学理论的一部分，因为它提供了各种和建立在一般法基础上的哲学思考。这种思考要么直接来源于现有的哲学观点，要么或许倾向于这种哲学观点。哲学家的思考是第一种类型，法学家则是第二种类型。”^③ 在法学研究中，借助哲学的现有成果对法律现象作出分析与思考往往会给我们带来意想不到的惊喜。^④ “法律真实论与客观真实论的学术争议，使法学研究长期忽视的认识论受到关注，各执一说的学者从认识论纷繁复杂的学说中寻找各自持以为论的依据，一时间不同的认识论观点纷纷在讨论中出场亮相，热闹非凡。”^⑤ 对于第一层次问题的研究，即“法律真实说”与“客观真实说”之争，不可避免地将回溯到认识论，因而也需要运用法哲学的方法来对各种观点进行论证、评析，从而得出最佳的答案。

1.3.2 以西方国家证明标准考察为基点的比较研究

比较法的研究，可以扩大我们的视野，并对研究本国问题产生一些“灵敏的触动”。也正是在这个意义上，日本学者大木雅夫指出：“比较法精神确实在于此，其作用恰如一种间接证明，可以衬托出本国法的长处和缺陷。”^⑥ “比较法擦亮了法律学者们的眼睛，使其能够发现本国法律机制的一些缺陷和

① 参见夏宏：《法哲学与法理学：西方传统哲学语境中的两种法学理论》http://www.chinalawedu.com/news/16900/170/2005/9/wa97697204417295002142344_174829.html，2009年1月6日访问。

② Ervin H. Pollack, *Jurisprudence: Principles and Applications*, Ohio State University Press (1979) preface.

③ Carl Joachim Friedrich, *The Philosophy of Law in Historical perspective*, The University of Chicago Press (1963) p. 3.

④ “所不同的是，两者在认识论上具有较大的分歧：哲学可以一如既往地探讨它感兴趣的话题，探讨认识高度、认识层次、认识的内在规律等诸类的抽象的不可穷尽的问题；但法律不可能，法律所探讨的是现实中的个别事实，认识无休止的发展规律在法律框架内不能成立。过分地强调认识上的可靠性，那么意味着对每一个法律事实都要解决更多的问题，就要延长时间。因此，对法律事实的认识问题必须在一个合理的时间内予以决断。”段书臣、刘澍著：《证明标准问题研究》，人民法院出版社2007年版，第50~51页。

⑤ 张建伟：《法律真实的暧昧性及其认识论取向》，载《法学研究》2004年第6期，第120~122页。

⑥ [日]大木雅夫著、范愉译：《比较法》，法律出版社1999年版，第69页。

弱点。比较法学者能够对他自己国家的法律制度做出一种判断，这一判断更为成熟——这得感激他那比较广博的经历；并更具有批判性——这得感激他对该事项的比较深刻的理解。”^①

由于我国目前法律法规及其他规范性文件中对证明标准的规定较为单薄，且一元制的证明标准也无法适应具体行政行为分类的多样性、性质的多元化和行政程序的阶段性特征，因此，本文在证明标准的研究上，特别是在证明标准的实定法规定、证明标准的具体分类适用等问题上，重点对英美法系，以及德日为中心的大陆法系的证明标准制度进行了比较分析、梳理与归纳，并试图以比较法的考察为视角，展开对中国问题的实证研究，最终以中国的本土法律环境为支点，构建一个适合中国行政程序现实的证明标准体系。

1.3.3 以中国问题为支点的实证研究

对外国学说与实践进行整理与归纳是一件十分有意义的事，它可以为我们提供一个范本、一种参照甚至一种启发。“但由于比较法有时就像魔女诱惑性的歌声，常常以学习外国法、将其本土化作为诱人的口号，却对外国法的意义、价值、内容，存在很多理解上的错误，从而使这种急功近利的引进成为造成持续混乱的根源所在。”^② 因此，本文仍然强调在比较法研究的基础上，应当以中国问题为支点，展开实证研究。

实证法学研究是一种纯粹法学研究的路径，“法律科学的任务并不是赞成或赞成它的对象，而是知道和描述对象。”^③ 实证研究并不能再现“真实世界”的一切细枝末节，但实证研究却在不经意之间跨越了过去、现在和未来。恰如社会学创始人奥古斯·特孔德（August Comte）所指出的：“真正的实证精神主要在于为了预测而观察，根据自然规律不变的普遍信条，研究现状以便推断未来。”^④ 本文对行政程序中证明标准的实证研究，将主要从以下三方面具体展开。

一是以对诉讼证明标准的分析为背景。近年来，我国学者对诉讼证明标准的研究较为火热，而面对一个相对较新的行政程序中的证明标准问题，如何去恢复它的应有地位呢？笔者以为，既然行政程序证据制度与行政诉讼证据制度有着一定的同一性和差异性，那么行政程序证明标准和行政诉讼证明标

① [德] 伯恩哈德·格罗斯菲尔德著、孙世彦等译：《比较法的力量与弱点》，清华大学出版社2002年版，第19页。

② [日] 大木雅夫著、范愉译：《比较法》，法律出版社1999年版，第14页。

③ 沈宗灵著：《现代西方法理学》，北京大学出版社1992年版，第157页。

④ [法] 奥古斯特·孔德著、黄建华译：《论实证精神》，商务印书馆1996年版，第12页。

准必然也存在某种“裙带”关系，依赖较为成熟的行政诉讼证明标准理论，去分析和反思现行的行政程序证据制度，从而为行政程序证明标准的具体设想提供有益的启发、参考与借鉴，也正是本文所努力探求的，或许，从某种意义上而言，这也是一种“路径依赖”。

二是对法律法规中关于证明标准的表述进行梳理。“规范的研究方法，即对研究对象进行正当性方面的研究，或者说是从应然的角度研究问题的方法。应然，即‘应当不应当’的问题。”^① 法律的规范分析，是一种非常重要的法学方法，它可以使“法律含义明确化、正确化”，^② 因此，有必要通过梳理现行的法律法规，作为进一步检视现行关于证明标准的法律规定是否恰当合理的基础性工作，从而在梳理反思的基础上，提出针对性的完善建议。

三是以具体案例作为分析的切入点。“语言与其所要描述的现象之间存在着必然的差异”，^③ 即使是经过缜密的考虑，语言的局限性可能还是会在法律规则中一览无余。而证明标准正是因为具有抽象的品性，对其的正确适用更显不易。因此，对证明标准的探讨，除了需要在立法上予以明确之外，还需要结合具体的案例，将政策的宣示作用发挥得淋漓尽致。犹如卡多佐（Benjamin N. Cardozo）大法官在近百年前所感叹的：“今天的判决将决定明天的对错。”^④ 研究证据必然要以个案为支点，对于第二、三层次问题的研究，本文拟以实际案例分析为切入点，通过对实际经验的理论加工来探讨证明标准适用的摇摆多姿。

1.3.4 经济分析方法

经济分析工具的引入、投入与产生理论的张扬，在法学方法论上无疑是对固有思维方式的冲击。或许，运用经济分析的方法来分析法律问题，尚处于“发展”阶段^⑤，然而，一旦尝试了这种方法，便会感觉到多了一扇窗，多了一种看问题的角度，这对于分析法律制度，特别是证据制度，是大有裨益

① 张骥：《法学方法论及其在法治研究中的应用》，载《中国人民大学学报》2003年第3期，第138页。

② 马守敏：《立法要科学化——访著名民法学家梁慧星教授》，载《人民法院报》2003年3月7日。

③ Louis L. Jaffe, *Judicial Review: Question of Law*, 69 *Harvard Law Review* 239, 243 (1955).

④ [美]本杰明·卡多佐著、苏力译：《司法过程的性质》，商务印书馆1998年版，第9页。

⑤ 法律经济学兴起于二十世纪六七十年代的美国，是在国家经济职能扩张、法律效率意识复苏背景下，法学与经济学融合发展、科技整合的产物。法律经济学的诞生，引起了传统法学的变革。