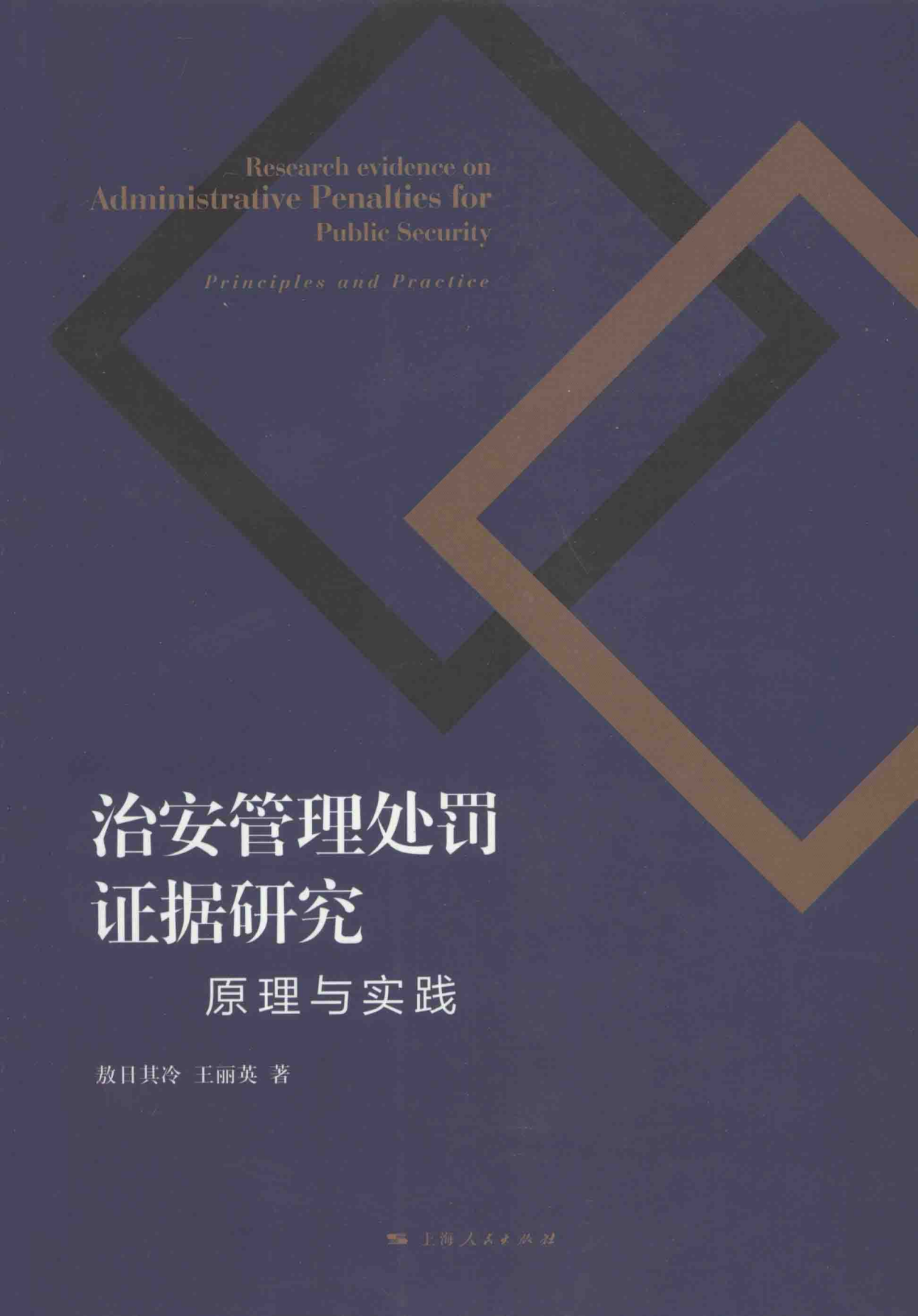




Research evidence on
Administrative Penalties for
Public Security

Principles and Practice

治安管理处罚 证据研究

原理与实践

敖日其冷 王丽英 著

上海人民出版社

Research evidence on
Administrative Penalties for
Public Security

Principles and Practice

治安管理处罚 证据研究

原理与实践

敖日其冷 王丽英 著

图书在版编目(CIP)数据

治安管理处罚证据研究:原理与实践/敖日其冷,
王丽英著. —上海:上海人民出版社, 2014

ISBN 978-7-208-12452-3

I. ①治… II. ①敖… ②王… III. ①治安管理-
行政处罚法-证据-研究-中国 IV. ①D922.144

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 154951 号

责任编辑 龙 敏
封面装帧 陈 楠



治安管理处罚证据研究

——原理与实践

敖日其冷 王丽英 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

江阴金马印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 23 插页 4 字数 396,000

2014 年 8 月第 1 版 2014 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-12452-3/D·2527

定价 55.00 元

序

治安管理处罚是公安行政处罚的重要组成部分。2006年3月1日《中华人民共和国治安管理处罚法》(以下简称《治安管理处罚法》)开始实施,这是继《中华人民共和国行政处罚法》之后又一部具有特别重要历史与现实意义的法律,对于促进中国法治建设尤其是对“行政制裁”的法律控制其作用无疑是空前的。

《治安管理处罚法》不仅是一部规范和约束公安机关及人民警察行使权力的“控权法”,更是一部保护公民、法人和其他组织合法权益的“人权法”;不仅是制裁和惩罚违法行为的实体法,还是规范权力行使的程序法。根据《行政处罚法》的规定和法治原则的要求,治安管理处罚法对违反治安管理行为的调查、决定、执行和救济都规定了具体、细致的程序。

办理治安案件如同其他案件办理,证据是称为其法定程序的灵魂,离开证据的证明作用,任何精巧的法律程序都将会变得毫无意义。作为一个法律程序整体不可缺少的组成部分,治安管理处罚程序同样也在证据的作用下发挥着应有的功能。但是,由于证据制度源于司法程序,以及行政程序存在的短暂历史,导致行政程序中证据规则并不为人们所重视,只是在一些单行的法律中有少量证据规则的规定,即集实体法与程序法合二为一,这也表现在新颁布实施的《治安管理处罚法》中。《治安管理处罚法》从第77条至99条对调查程序作了规定,共计14条,主要对报案、控告、检举、投案、移送案件的受理;对违反治安管理行为人的传唤、询问;对证人的询问;对有关场所、物品和人身的检查;对专门性问题的鉴定以及有关人民警察在办理治安案件中的回避等内容作了规定,只是在该法的第79条^①规定了非法证据排除规则。但仍有缺陷,主要表现在:法定证据种类、形式要件(即每一种证据应达到什么样的要求)的缺失;证明责任分配规则的缺失;证据效力规则的缺失;自认规则的缺失;优势证据规则(证据的效力等级)的缺失等,这

^① 《治安管理处罚法》第79条规定:公安机关及其人民警察对治安案件的调查,应当依法进行。严禁刑讯逼供或者采用威胁、引诱、欺骗等非法手段收集证据。以非法手段收集的证据不得作为处罚的根据。

些缺失是本书写作的缘起。

本书由治安处罚证据基本理论、两大法系主要国家行政证据制度、治安处罚证据的搜集规则、治安处罚证据的质证、认证等运用规则以及常见治安案件证据规格等内容组成。本书以《治安管理处罚法》、《行政处罚法》、《公安机关办理行政案件程序规定》等为写作的核心依据,参考和借鉴了国内外行政证据和诉讼证据的有关规定,对治安管理处罚证据制度有总结和梳理,有分析和探讨,更有创新和突破。写作方法上力求贴近公安执法实践,有案例、有图解、有文书范例,也有常见治安案件个案证据规格。这有利于公安机关执法办案,是公安机关办理行政处罚案件的“好帮手”。

本书第一章和第二章由王丽英撰写,第三章、第四章和第五章由敖日其冷撰写。在全书的写作过程中,作者参考和引用了一些法学专家学者的相关研究成果:徐继敏的《行政证据制度研究》以及戴泽军的《证据规则》为本书的写作起了很大的启发作用;梁凤云、宋随军主编的《行政诉讼证据实证分析》一书为本书提供了一些案例素材;治安处罚法律文书的写作参考了李忠信、孙茂利主编的《公安行政处罚法律文书制作与使用详解》,在此一并表示诚挚的谢意!

目 录

序	1
---	---

第一章 治安管理处罚证据基本理论	1
------------------	---

第一节 证据与治安管理处罚证据	1
-----------------	---

第二节 治安管理处罚证据的学理分类	21
-------------------	----

第三节 治安管理处罚证据种类	44
----------------	----

第二章 域外行政程序中的证据制度	93
------------------	----

第一节 美国的行政证据制度	93
---------------	----

第二节 德国的行政证据制度	114
---------------	-----

第三节 奥地利的行政证据制度	121
----------------	-----

第四节 域外行政证据制度对我国行政证据制度的启示	125
--------------------------	-----

第三章 治安管理处罚证据的收集	145
-----------------	-----

第一节 公安机关收集证据概述	145
----------------	-----

第二节 公安机关收集证据的方法	152
-----------------	-----

第三节 公安机关收集各种类证据的具体规则	196
----------------------	-----

第四节 治安管理处罚证据保全	205
----------------	-----

第四章 治安管理处罚证据的运用	213
-----------------	-----

第一节 证明概述	213
----------	-----

第二节 证明对象	215
----------	-----

第三节 治安管理处罚证明责任	221
----------------	-----

2 治安管理处罚证据研究

 第四节 治安管理处罚行政质证 227

 第五节 治安管理处罚证据的认证规则 231

第五章 常见治安案件证据规格 258

 第一节 扰乱公共秩序案件证据规格 258

 第二节 妨害公共安全案件证据规格 276

 第三节 侵犯人身权利、财产权利案件证据规格 292

 第四节 妨害社会管理案件证据规格 318

第一章 治安管理处罚证据基本理论

第一节 证据与治安管理处罚证据

一、证据的概念

(一) 证据概念的界定

证据是一个法律用语,但证据并非仅存在于法律事务之中。其实,在社会活动的许多领域中,证据都在发挥着重要作用。譬如,历史学家在研究和探索历史事件的真相时,必须千方百计收集有关的各种史料——证据,然后再根据这些史料去“重建”或“再现”历史事件的本来面目。又譬如,医生诊断病情必须以各种症状为根据,而这些症状也就是证据。无论是中医的望、闻、问、切,还是西医的仪器检验,都是在为确认病情发现证据和收集证据。从这个意义上讲,法律工作者的工作与历史学家、医生的工作确有许多相通之处。然而,证据对于法律事务来说,具有特别重要的意义。在诉讼活动中,“证据虽然不是万能的,但是没有证据却是万万不能的”。对于当事人来说,打官司就是打证据;对于法律工作者来说,办案就是办证据,审案就是审证据。虽然诉讼“号称”是解决法律纠纷的,但是诉讼的核心内容却是由证据而构成的。诉讼如此,仲裁、公证、行政执法等亦然。

证据是人们在日常生活中重要的、使用频率最高的且古老的词汇。说它重要是指证据是案件的生命,是案件的灵魂。无论行政执法、司法还是仲裁等法的适用过程无不在搜集证据的基础上适用法律,俗话说“打官司打的就是证据”。因此,证据是证据法学的基本理论问题,它折射出不同的证据观,也直接决定着证明活动的质量。说它频率高,是因为人们广泛使用它。法律事务中的证据和非法律事务中的证据概念具有共同的含义,即证明的根据。证明案件事实要有证据,证明科学发现同样要有根据。根据是中介、材料、手段。说它古老,是因为自从有解决纠纷机制时它就已经存在,以至于证据一词的准确起源已经很难考证。早在东晋时期的葛洪所著《抱朴子·弭讼》中就有记载证据一词:若有变悔而证据明者,

女氏父母兄弟,皆加刑罪。^①另据何家弘教授考证,“证据一词在汉语中的准确起源已经很难查考了,但唐代文豪韩愈在其《柳子厚墓志铭》中曾写下了‘议论证据今古,出入经史百子’的名句,意为‘据史考证’或‘据实证明’。在古汉语中,证据二字往往是分开使用的。其中‘证’字犹如现代的证据,但多指认证;‘据’字则意为依据或根据。例如,《唐律·断狱》中就多有‘据众证定罪’之用语。及至清代,法律中仍有‘众证明白,即同狱成’的规定。20世纪初,随着白话文的推广,证据二字才越来越多地合并为一个词使用,而且多出现在与法律事务的有关文字之中。例如,南京临时政府于1912年3月2日颁布的《大总统令内务、司法两部通飭所属禁止刑讯文》中规定:‘鞫狱当视证据之充实与否,不当偏重口供。’这可以视为后来在我国颇为流行的‘重证据,不轻信口供’之办案原则的发端。”^②

对于什么是证据,始终没有一个能让所有人统一认可的定义。关于证据概念的学说主要有:原因说、方法说、结果说、事实说、反映说、根据说等几种,如“原因说”认为证据是法官确信某一事实存在或不存在的原因。英国法学家边沁认为:“在最广泛意义上,把证据假设作为一种真实的事实,成为相信另一种事实存在或者不存在的理由的当然事实。”^③“方法说”主张证据是证明待证事实存在与否的方法或手段。英国法学家詹姆斯菲利普认为:“证据即证明事实的方法。”^④苏联的克林曼教授认为:“证据不是别的东西,而是确定真实情况的一种手段。”^⑤“结果说”认为证据是对待证事实的认定。日本法学家松岗义正认为:“证据者,举证与调查之结果也。”^⑥“事实说”认为证据是客观存在的事实。我国《刑事诉讼法》第42条规定:“证明案件真实情况的一切事实,都是证据。”据此,有学者将证据概念表述为:“诉讼证据就是司法人员在诉讼过程中可用以证明案件真实情况的各种事实。”^⑦也有学者认为:“刑事诉讼证据,是指以法律规定的形式表现出来的,能够证明案件真实情况的一切事实。”^⑧“反映说”认为证据是人们对客观事实的反映。我国学者吴家麟主张,从总体上说,证据是属于主观范畴的,证据的主观性表现在:它不是客观事实本身而是客观事实在人们意识中的反映。^⑨“根据说”认为证据就是证明的根据,如果从法律的角度来界定,“证据就是证明案件事实或者与

① 裴苍龄:《论实质证据观》,载《法律科学》2006年第3期。

② 何家弘:《让证据走下人造的神坛》,载《法学研究》1999年第5期。

③④⑤ 转引自崔敏主编:《刑事证据理论研究综述》,中国人民公安大学出版社1990年版,第2页。

⑥ 转引自毕玉谦:《民事证据法及其程序功能》,法律出版社1997年版,第3页。

⑦ 陈一云:《证据学》,中国人民大学出版社1991年版,第104页。

⑧ 陈光中:《刑事诉讼法》,高等教育出版社2002年版,第129页。

⑨ 吴家麟:《论证据的主观性和客观性》,载《法学研究》1981年第6期。

法律事实有关之事实存在与否的根据”。^①《布莱克法律字典》中的证据概念为：“证据是指能够证明一项主张事实存在或不存在的某种东西(包括证言、文件和实物)。”^②

在域外学说和立法中,认为证据是证明某种案件事实的材料,同时往往将证据一词与诉讼程序联系在一起。在英美语境中,“evidence”和“proof”两个词都指证据,但两者有严格的区别。^③英美学者在使用“证据”(evidence)一词时有两层含义:一是用来供审判者确信是否存在某种案件事实的材料;二是合理再现既存事实的手段,以此来辨明事实。而“proof”一词主要指“证明”,是指运用证据来确认某一事实是否成立的活动,它是证据在事实认定者头脑中产生的具有说服力的后果(persuasive effect),可见,证明和证据是不同的。《加州证据法典》第140条规定:“证据是指证言、文书、物证或其他可感知的物,这些物被提供来证明一个事实的存在和不存在。”在日本,所谓的证据,“是指在事实认定过程中作为判决之基础可以向法院提供资料的总称”。俄罗斯民事诉讼中的诉讼证据“是指由法律所规定的、具有一定诉讼形式的事实材料,它是经过严格的、法定的诉讼程序调查获得的且能够直接或间接证明案件事实的材料”。^④奥地利《行政程序法》第46条规定:“凡适于确定主要事实,并依各个案件之情况有助于达到目的者,皆得视为证据。”

以上各种学说都有属于自己的一片阵地,但是占据主要地位的是事实说和根据说。事实说是我国证据概念的通说,也是传统学说;根据说是近十几年来发展起来的一种证据概念学说,它的优势是规避了事实说概念中的一个根本性缺陷(即证据事实具有客观真实性),因而成为现在大多数法学家持有的观点。从语言的本意来说,证据就是证明的根据。我国法律对证据一词的明确解释最早见于1979年《刑事诉讼法》,该法第31条规定:“证明案件真实情况的一切事实,都是证据。”1989年《行政诉讼法》和1991年《民事诉讼法》及1996年修订的《刑事诉讼法》都明示或默示地接受了这一解释。因此,有许多学者将其作为界定证据概念的法律依据。但是这样的理解会导致一种绝对化的倾向,即证据就是事实,据此得出的结论是属实的才是证据,不属实者非证据。但如果将证据与事实等同,那么这将与“证据必须经查证属实,才能作为认定案件事实的根据”的法律规定相违背。既然证据就是客观事实,那就没有必要对它进行审查核实。另外,从实践

① 何家弘:《新编证据法学》,法律出版社2000年版,第99页。

② Black's Law Dictionary 8th edition WESTPUBLISHING CO. p.595.

③ 吴淞豫:《行政诉讼证据合法性研究》,法律出版社2009年版,第13—23页。

④ 转引自吴淞豫:《行政诉讼证据合法性研究》,法律出版社2009年版,第27页。

来看,当事人提交有权机关的证据和有权机关自行收集的证据都是有真有假的,即使司法机关审查判断之后用作定案根据的证据也会有真有假,它们都存在不属实的可能性。按照“不属实者非证据”的观点,这些“证据”就不能被称为证据了。因此,笔者认为,在确定证据含义时,不应使用“事实”这种含有真假两种价值取向的词,而应使用“根据”一词以避免使用中的混乱与矛盾。笔者认为所谓证据是“能够证明一项主张事实存在或不存在的根据”。这一概念将证据和诉讼证据区分开,也将“事实”和“材料”有机结合起来。因为证据有诉讼证据也有非诉讼证据,将证据与诉讼联系起来下定义不能穷尽证据的外延;如果将证据认定为“材料”,可能忽略不以客观“材料”作为表现形式的事实证据(如交通肇事逃逸行为),“根据”既包括“事实”也包括“材料”。我国行政程序法(试拟稿)将“证据”定义为“一切对查明案件事实有意义、采取合法方法收集的客观事实材料”。

(二) 与证据相关的几个概念

为助于理解上述的证据定义,有必要将一些相关的、易导致混淆的法律术语作一下介绍和梳理,这些相近术语包括我国证据法学中用得较多的“证据材料”,以及大陆法系国家及地区用得较多的“证据方法”、“证据能力”、“证据力”与“证据原因”等。

“证据材料”是国内某些学者为解决我国诉讼法中证据条款的内在矛盾而提出的一个概念,例如:我国现行《刑事诉讼法》第42条第1款规定:“证明案件真实情况的一切事实,都是证据。”第3款又规定:“以上证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据。”这就存在着一种表述上的逻辑矛盾:前款说证据是事实,后款还说其需要接受有关是否属实的审查。这种矛盾在民事诉讼法、行政诉讼法中都不同程度地存在着。国内有的学者解释说,我国诉讼法关于证据的定义条款中使用的是证据事实的概念,而关于证据需要查证属实的条款中使用的是证据材料的概念。按此说法,“证据事实”是已经查明的属实证据,而“证据材料”则是未经查证、不一定属实的证据。“证据方法”是指在行政程序中或诉讼中可以作为调查对象的有形物,它包括人证和物证,人证就是把人作为证据方法,经过对人的询问所得到的陈述作为认定事实的材料,通常有证人、鉴定人及当事人三种。物证就是把物作为证据方法,经过检查物证所取得和认定事实的材料,通常包括书证和勘验物两种。“证据能力”是指证据在法律上可以作为定案根据的资格和条件。这包括证人证言的资格条件、各种证据来源的程序以及运用的主体的合法性等。“证明力”是指证据对案件事实的证明价值和功能,通常所说的证据的可靠性、可信性和可采性。“证据原因”是指案件裁决者对于当事人主张的事实是否属实形成的心证的原因,它来自办案人员对证据证明力的判断。

二、证据与行政证据

理论上对证据的定义各学者分歧很多,在影响较大的学说“事实说”、“根据说”、“材料说”等主流学说分析比较基础上,我们界定了证据的内涵。分析分歧的原因,我们会发现各位学者对证据定义的着眼点不一:如有的是从证据的特征或性质入手,认为证据是一种“事实”“材料”或“根据”;有的是从证据的证明作用入手,认为证据是“用来”证明案件真实情况的“手段”或“结果”;有的是从采集证据的主体入手,认为证据是由当事人提供或运用,或者认为证据是由有权主体收集或运用。甚至有学者认为证据是人们对客观事实的反映。可见,学者思考的角度不一是产生分歧的主要原因。此外,证据范畴大小的不同认识也是导致证据概念不一的主要因素。有人采取“广义说”,认为证据是能够证明已发生事件的所有材料。此处的证据与诉讼证据区分开,证据被“诉讼”限定后,仅指诉讼程序中的材料;有人采取“次广义说”,认为证据一词本身就与诉讼相连,“不同于日常生活和科学研究中使用的证据,是被纳入诉讼轨道,并受诉讼法规范调整和制约的”,^①“凡当事人提出的用于证明或有助于证明本方提出的关于事实主张的材料,都是证据”^②。“证据,顾名思义是证明问题的证据……在诉讼的任何阶段,无论是公安、司法机关还是当事人、律师收集、提供的证据材料都应当称为证据。”^③有人采取“狭义说”,认为证据就是定案根据。认为“证据材料中通过法定方式取得的用来证明案件事实的材料,被称为证据资料。对于进入诉讼的证据材料,必须依照法定程序加以审查判断,确认能够用以证明案件事实的,才是真正意义的证据”^④。可见,由于对证据范畴的范围的大小理解不一,导致证据、诉讼证据、定案证据等相关概念的混淆。我国现行三大诉讼法及其司法解释没有使用诉讼证据这个概念,而使用了证据这个概念。如我国《刑事诉讼法》第42条规定:“证明案件真实情况的一切事实,都是证据。”其实,证据和诉讼证据是有区别的,诉讼证据是诉讼领域的专用词;此外,证据材料与证据也有区别,未经过质证或有权机关认证的材料称证据材料,经过质证或有权机关认证的材料才称证据,即所谓的定案证据。笔者从广义上理解证据,认为证据包括法的适用的整个过程,即包括行政执法中的证据、司法中的证据和仲裁中的证据等。定案证据是诉讼证据中能够用

① 中国社会科学院研究所编委会编《法律辞典》,法律出版社2004年版,第848页。

② 毕玉谦、郑旭、刘善春:《中国证据法草案建议稿及论证》,法律出版社2003年版,第57页。转引自吴淞豫:《行政诉讼证据合法性研究》,法律出版社2009年版,第10页。

③ 梁玉霞:“什么是证据——反思性重构”,载何家弘主编:《证据学论坛》(第3卷),中国检察出版社2001年版。转引自吴淞豫:《行政诉讼证据合法性研究》,法律出版社2009年版,第11页。

④ 中国社会科学院研究所编委会编《法律辞典》,法律出版社2004年版,第849页。

以证明案件事实的证据,证据框架如图 1-1 所示:

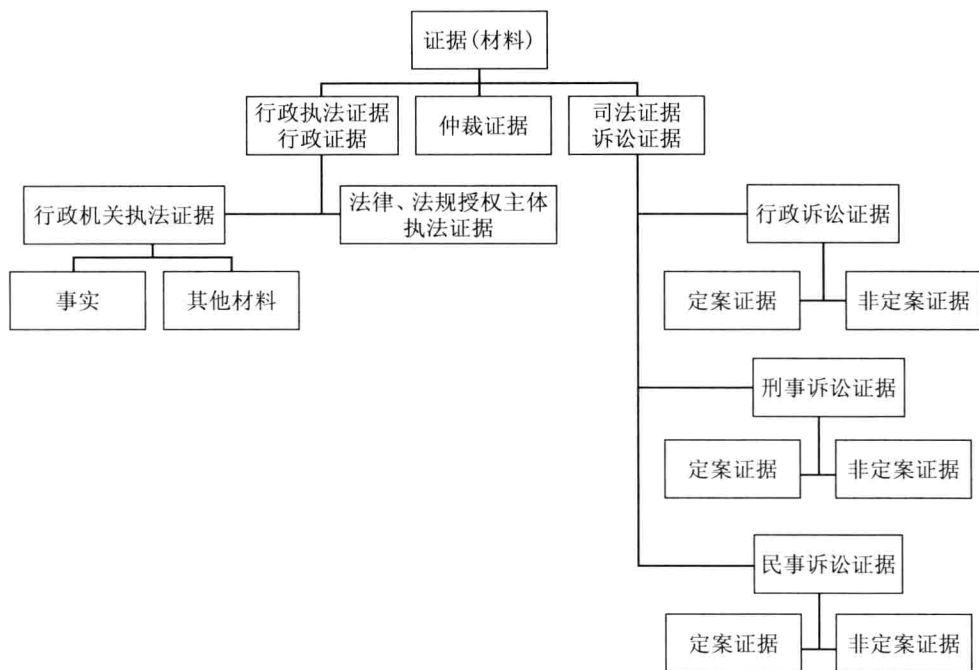


图 1-1 证据框架

三、行政证据与行政诉讼证据

(一) 行政证据与行政诉讼证据概念的界定

何为行政证据,何为行政诉讼证据,仍和证据概念上的分歧一样,众说纷纭,莫衷一是。如学者李牧认为“行政证据,是指行政主体在行政执法过程中为作出具体行政行为,根据行政法律规范所设置的事实要素而收集、运用以证明相对人法律行为或事实的证据”^①。蔡虹认为“行政证据又称执法证据或行政程序证据,是行政机关在行政管理领域中为实施具体行政行为而收集、调查和运用的证据”^②。史容、丁丽红认为“行政证据是指行政机关在行政管理活动中依法定程序调查收集的,证明行政相对人是否遵守行政法规范情况的一切客观事实”^③。徐

① 李牧:《论行政证据的规制与保障功能》,载《武汉理工大学学报》2003年第6期。

② 蔡虹:《行政证据和行政诉讼证据研究》,载《律师世界》1999年第2期。

③ 史容、丁丽红:《行政诉讼证据和行政证据的区别探讨》,载《法商研究——中南政法学院学院学报》1994年第3期。

继敏认为“行政证据是指符合法律要求,被行政机关或人民法院用来认定案件事实的材料”。^①

对于行政诉讼证据概念,有的学者认为,“行政诉讼证据是在行政诉讼过程中,由当事人举证,人民法院依法收集的用来证明行政案件真实情况的一切事实。”^②有的学者认为,“行政诉讼证据是指在行政诉讼中能证明具体行政行为是否合法的一切事实和材料。”^③还有的学者提出,“行政诉讼证据是指在行政诉讼中用来证明行政争议案件事实的一切材料。”^④有的学者认为“行政诉讼证据是指行政诉讼法律关系主体用以证明被诉具体行政行为是否合法的材料”。^⑤有的学者认为“行政诉讼证据是指一切用来证明案件事实的材料”。^⑥

以上对行政证据和行政诉讼证据的概念各有千秋,均具有较大的理论和实践价值。然而,这些定义存在如下缺陷:其一,它们都忽略了抽象行政行为的证据适用问题,将行政证据的运用限定在行政程序的具体行政行为中。其实,抽象行政行为时同样要进行调查取证、听证等程序,而在这些程序中,证据起到关键性的作用。其二,在行政证据概念中,这些概念均注重搜集证明相对人行为违法的证据,而忽略证明行政主体行政行为违法的证据。其实,行政证据不仅在行政程序中运用,而且也在证明行政主体行政行为违法的行政复议和行政诉讼中运用。其三,否定了行政相对人及第三人提交证据的责任。行政行为虽然只能由行政主体作出,但作为行政程序的证明主体则包含行政主体、相对人和第三人,它们各自承担相应的证明责任,承担不利后果的负担。在行政诉讼中以上三者也有一定的举证责任,所以,应在概念中肯定行政相对人和第三人提交证据的责任。证明主体不仅仅是指有义务运用证据依法确定或阐明案件的人,还包括有权利运用证据确定或阐明案件的人。江必新的行政诉讼证据概念注意到了这一点。在分析总结学者对行政证据和行政诉讼证据两个概念的基础上,笔者认为,行政证据又称行政执法证据或行政程序证据,是指在行政程序中行政主体、行政相对人或代理人、第三人用以证明行政主体是否应当为一定行政行为的在事实方面的根据。行政诉讼证据是指行政诉讼法律关系主体用以证明被诉具体行政行为是否合法或合理(审查行政处罚行为时)的根据。

① 徐继敏:《行政证据制度研究》,法律出版社2006年版,第13页。

② 芮守胜:《行政诉讼中收集证据的几点思考》,载《甘肃政法学院学报》2001年12月。

③ 张芳、张艳:《论行政证据和行政诉讼证据的相异及衔接》,载《黑龙江政法干部学院学报》2004年第5期。

④ 沈福俊:《论行政证据中的若干法律问题》,载《法商研究》2004年第1期。

⑤ 江必新主编:《中国行政诉讼制度完善——行政诉讼法修改问题实务研究》,法律出版社2005年版,第137—141页。

⑥ 应松年主编:《中国行政诉讼法讲义》,中国政法大学出版社1994年版,第136页。

（二）行政证据与行政诉讼证据的关系

在内涵和外延上区分了行政证据与行政诉讼证据后,有必要正确理解两者的关系,这有利于行政主体和人民法院在各自的权限范围内更好地运用证据,也有利于依法行政和人民法院依法正确审理行政案件,进而保障当事人合法权益,具有十分重要的理论及实践意义。

第一,行政证据与行政诉讼证据的相同性。

由于行政诉讼的对象是行政主体作出的具体行政行为,因而行政诉讼中所运用的证据大量来自于行政执法领域,同一个证据,既是行政证据,又是行政诉讼证据,既为行政主体执法所用,又为法院审理案件所用,这是因为行政主体用于行政执法的证据,与进入诉讼程序的被诉的具体行政行为有关。行政证据与行政诉讼证据的相同性具体体现在以下几个方面:

1. 行政证据与行政诉讼证据都是具有法律意义的证据,因此都应当具备证据的基本属性,即客观性、关联性、合法性。行政证据是行政主体作出行政决定的依据,是行政主体适用法律、法规的依据。具体行政行为是行政主体在国家行政管理领域,基于其行政职权和行政职责所实施的,能够对行政相对人的权利、义务产生影响的行为,是行使国家行政权的具体体现。为保证其正确地行使行政权,行政主体所运用的证据必须具备客观性、关联性,在这一点上与行政诉讼证据完全相同。如果行政主体所运用的行政证据不具有客观性、关联性,就难以保证行政主体作出正确的具体行政行为。至于行政证据的合法性,则可能在具备法定形式的具体方面有所不同,而在行政证据应依法定程序提供、收集的要求上则与行政诉讼证据相同。“法定程序”在行政证据中运用是指行政法律、法规所规定的行政执法程序;对于诉讼证据则是指行政诉讼法所规定的程序,这两种程序都是国家法律所规定的,行政证据的合法性,意味着对这两种程序的遵守。

2. 行政证据与行政诉讼证据的种类相同。《行政诉讼法》第31条规定了七种证据:(1)书证;(2)物证;(3)视听资料;(4)证人证言;(5)当事人的陈述;(6)鉴定意见^①;(7)勘验笔录、现场笔录。在第二款规定:“以上证据经法庭审查属实,才能作为定案的根据。”而行政证据一般也是指这几种证据,也就是说,在证据种类上基本相同。由此可见,行政证据与行政诉讼证据的种类相同。

3. 行政证据与行政诉讼证据在对证据的收集、调查和运用方面具有同一性。在行政执法过程中,行政主体依照行政法律、法规的规定,为作出正确的具体行政行为应积极、主动客观地收集证据,其收集和适用证据的方法与人民法院收集运

^① 参照新刑事诉讼法证据种类的表述,本书采用“鉴定意见”来表述。

用证据的方法基本一致。行政主体应当在掌握证据的基础上作出相应的行政行为,如果被管理者不服,提起行政诉讼,人民法院应根据行政诉讼法的规定,对被告的行政行为进行审查,审查的重点内容就是被告作出行政行为的事实依据是否充分,证据是否确凿,具体来讲,也是对上述证据进行审查判断。由于行政案件的具体内容和行政诉讼的特点,决定了行政主体和人民法院所收集、提供、审查及运用的证据必然会产生同一性问题。行政主体在行政行为中所运用的证据,是其作出行政行为的依据,而进入诉讼程序之后,其中一部分又成为人民法院审查具体行政行为合法性的依据。

第二,行政证据与行政诉讼证据的区别。

行政证据和行政诉讼证据尽管在其基本属性、证据种类、收集证据的方法等方面表现出密切的联系,甚至具有相同性。但是,它们毕竟是两种类型的证据,有必要从理论上加以区别,以避免在实践中对这两种证据作不恰当的运用。行政证据与行政诉讼证据的区别具体表现在以下三个方面:

1. 运用证据的职权性质及主体不同

行政证据是由行政主体收集和运用的,这一职权属于行政权的一部分,只有行政主体才能行使这一权利。而行政诉讼证据的收集、运用是由人民法院来进行的,它是人民法院司法审判权的一部分,对于行政诉讼证据收集和运用的权力,只能由作为诉讼活动的指挥者、裁判者的人民法院来行使。

在行政诉讼中,人民法院收集、调查的证据都属于行政诉讼证据,而不是行政证据。这些证据大体上可分为两类:一类是与行政证据没有关系的行政诉讼证据。比如,法院向原告和证人收集调查的证据。这些证据是在进入诉讼程序之后由法院收集调查的;另一类则是与行政证据有承接关系的行政诉讼证据。这些证据是法院向行政主体收集调查以及行政主体依举证责任向人民法院提供的。这些证据基本上来自于行政执法程序,是行政主体在行政执法活动中收集并作为具体行政行为依据的证据,这些证据经法院审查判断,并运用于查明行政案件的真实情况和依法作出裁判,这类证据既是行政证据,同时也是行政诉讼证据,是具有同一性的证据。在行政诉讼中,被告是无权收集、调查行政诉讼证据的,一经进入行政诉讼程序,被告只能依法向人民法院提供自己在行政执法中收集调查的证据,而不应再收集调查证据,因为行政执法活动已经结束,并且已经进入诉讼程序。允许被告收集调查证据,与诉讼程序的性质不符,而且是违反行政程序的。

2. 运用证据的阶段不同

行政证据的调查、收集只能发生在行政执法程序即行政中,只能发生在行政诉讼之前,这是依法行政原则和“先取证,后裁决”的程序规则决定的。行政主体

对行政证据的收集运用应当是在具体行为作出之前。在具体行政行为作出以后,行政主体对行政证据如果还需收集调查的话,说明其具体行政行为在程序上是违法的,是在没有证据或证据不足的情况下作出的。可见,行政主体收集行政证据的阶段是有严格限制的。行政诉讼证据是在诉讼程序发生以后,法院为审理行政案件收集和运用的,一般是发生在从人民法院立案到第一审庭审结束前的这一阶段。在行政诉讼程序以前法院无权也没有可能去收集调查证据,不论是行政证据,还是行政诉讼证据。这一区别反映出行政权与司法权的不同性质,也反映出两者相互之间的关系。

3. 运用证据的目的不同

行政主体运用行政证据的目的,是证明行政相对人有违反法律、法规的行为,从而为行政主体对行政相对人作出具体行政行为提供依据。而人民法院运用行政诉讼证据的目的,则是为了查明被诉的具体行政行为是否合法的有关事实,从而为法院审查具体行政行为的合法性提供依据。另外,行政诉讼证据除了要证明被诉的具体行政行为的合法性外,还要证明有关行政诉讼程序的问题,比如,有关原告是否在法定起诉期内起诉、审判人员是否应当回避、被告的主体资格问题等等。这一区别是由行政权、司法权的法定职权范围所决定的,行政主体和法院都不应超出自己的职权范围运用证据。

研究和掌握行政证据与行政诉讼证据的区别,对于行政主体执法实践与行政诉讼实践都具有重要的指导意义。由于这两类证据的收集和运用在其职权性质及主体、阶段和目的等方面均有不同,因而在实践中是不应当混淆的。行政证据只能由行政主体收集、运用。如行政相对人违反行政法律、法规的证据,应当由行政主体收集并在这个基础上对行政相对人实施行政或其他行政行为,而法院一般不能收集行政相对人违法的证据。按照审判权与行政权的分工,追究行政相对人的违法行为是行政主体的职责,不是法院的职责,所以这类行政证据只能由行政主体收集、运用,若由法院收集和运用就会超越审判权的范围而干扰行政执法,侵犯行政权。同样,行政诉讼证据只能由法院收集、运用,以查明被诉具体行政行为的合法性,从而对行政案件作出正确处理。例如,某公民确实实施了违反行政法的行为,但行政主体在未收集到必要证据的情况下就对其进行了行政处罚,该公民以具体行政行为证据不足为由提起行政诉讼,在行政诉讼中,法院为查清案件获得了证明该行政相对人确有违法行为的证人证言,该证人证言就是行政诉讼证据,而不是行政证据,行政主体不得运用它来证明其具体行政行为是合法的。本案并不因为有了这一证人证言就说明被诉具体行政行为是合法的,行政主体在没有掌握证据的情况下就作出行政处罚,这本身就是违法的,违反了“先取证,后裁决”的基本程序规则,人民法院应当依