

大连海事大学法学文库

行政诉讼证据 合法性研究

吴淞豫 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

大连海事大学法学文库

行政诉讼证据 合法性研究

吴淞豫 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政诉讼证据合法性研究 / 吴淞豫著. —北京:法律出版社, 2009. 6

(大连海事大学法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9530 - 8

I. 行… II. 吴… III. 行政诉讼—证据—研究 IV. D915.413

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 065968 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/周丽君

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/6.625 字数/165 千

版本/2009 年 5 月第 1 版

印次/2009 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9530 - 8

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

引言 / 1

- 一、问题的提出 / 1
- 二、选题意义 / 4
- 三、研究现状和思路 / 6

第一章 几个基本概念 / 9

- 一、诉讼证据 / 9
- 二、行政诉讼证据 / 23
- 三、合法性 / 30

第二章 行政诉讼证据合法性之本论 / 43

- 一、由来 / 43
- 二、行政诉讼证据合法性内涵之纷争 / 60
- 三、立法之横剖 / 65
- 四、形式与内容之辨 / 81
- 五、三大诉讼证据合法性之异 / 85
- 六、被诉行为类型之影响 / 89
- 七、结论 / 95

第三章 行政诉讼证据合法性之规则论 / 101

- 一、案卷排他规则 / 102
- 二、禁止单方接触规则 / 109
- 三、侵权排除相当性规则 / 118
- 四、辩论与直接审理规则 / 129
- 五、证据适时提出规则 / 132
- 六、证人适格规则 / 135
- 七、传闻之正当程序满足规则 / 138
- 八、衍生材料有限可采规则 / 151
- 九、瑕疵材料修复规则 / 153

第四章 行政诉讼证据合法性之审查论 / 156

- 一、与证据合法性审查相关的制度 / 156
- 二、行政诉讼证据合法性审查的过程 / 166
- 三、我国行政诉讼证据合法性审查的完善 / 171

结语 / 189

参考文献 / 192

引 言

一、问题的提出

“什么是事实？谁来发现事实？这些问题看来简单，但却是一个没有终点的法律问题，而且也是一个哲学、逻辑学、心理学等学科共同关注的‘斯芬达克之谜’”。^①

在司法实践中，打官司即打证据。正如 19 世纪英国著名法学家边沁所言：“程序法的直接目的就是保证公正判决，即将有效的法律正确地适用于真实的案件，而这必须以相关的证据为基础。”^②诉讼证据的取舍不仅关系到诉讼的最终成败，更体现了社会公平与效率的价值追求。“一次完美审判应该是事实与法律并重，公平与效率一体的司法流程。诉讼证据作为审判的基石。当然应该包含上

^① 徐昕：“事实发现的效率纬度……波斯纳‘证据学的经济学分析——中译版导言’解读”，载《证据学的经济学分析》，中国法制出版社 2001 年 10 月版，第 8～9 页。

^② 转引自何家弘主编：《新编证据法学》，法律出版社 2000 年版，第 16 页。

述事实与法律的基因,并自然而然地体现出公平与效率的表征。”^①

“有学者根据司法权在不同的发展阶段呈现出的不同特征,将司法分为传统型司法与现代型司法两种类型,二者的区别就在于后者始终以某种先定的一般原则和游戏规则为前提,从而增加了司法的可预见性。”^②诉讼证据规则,当事人可依此预见诉讼结果,是对证据与非证据以及证据间证明力大小进行判断。它不仅是实务界司法审判者的指南,也是法学研究者孜孜以探索的重要课题。

我国的行政诉讼制度自20世纪90年代确立至今,审判实践中确立了从证据关联性、合法性、真实性三方面进行证据认定的方法,学者也在诉讼证据应当区别其他日常生活中的材料、应当具备关联性上达成了共识。但是,在诉讼证据是否具有合法性、客观性,证据属性如何作用于证据认定,行政诉讼证据与其他民事诉讼证据和刑事诉讼证据之间的区别,行政诉讼证据属性、行政诉讼证据规则构建等问题上,仍然存在根本性的分歧。立法和司法实务的困惑至今仍未获得解答。

以现有的法律文本为例。“行政诉讼证据合法性”一词,在我国法律文件中首次出现于2002年6月4日最高人民法院审判委员会第1224次会议通过《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》(以下简称《行诉证据规定》),其中第55条规定,法院应当从①证据是否符合法定形式;②证据的取得是否符合法律、法规、司法解释和规章的要求;③是否有影响证据效力的其他违法情形三个方面认定证据的合法性。换言之,行政诉讼证据合法性是以形式合法与否、取得手段合法与否以及是否违法来确定。

显然,此规定在逻辑上自相矛盾。在第3项中,前面所言的“证据合法性审查”变成了“违法性审查”。笔者认为两者对证据资格的要求明显不同,不能同时使用。“违法性审查”是审查某一证据是否违反了立法

① 齐树洁主编:《英国证据法》,厦门大学出版社2002年版,第49页。

② [英]哈耶克:《通往奴役之路》,王明毅等译,中国社会科学出版社1997年版,第83页。

的明文规定,一般说来,当法律无明文规定者就谈不上违法,该证据即具备证据资格;“合法性审查”是指对证据资格的要求应当符合法律法规的要求,其对证据资格的要求远高于“违法性审查”。在何谓证据合法性的要求没有得到明确规定的情形下,“合法性”和“不违法性”不是两个可以互换等价的命题。

行政诉讼目的在于监督行政权力、救济个体权利,有着不同于民事诉讼、刑事诉讼的审理对象,其证据合法性的特殊性又有哪些呢?现行的《行政诉讼法》与《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《若干问题的解释》)在对被告裁决后又取证的时间范围分别表述为“诉讼过程中”和“作出具体行政行为后”,即《行政诉讼法》只禁止被告在行政诉讼开始后自行收集证据,而《若干问题的解释》则要求被告在作出具体行政行为后即不得收集证据。前者以行政诉讼开始为限,后者以行政程序终结为限,两者标准不一。实践中被告作出具体行政行为后发现原先定案的证据存在瑕疵而再次取证,或者预见到行政相对人可能起诉而补充收集证据。这些证据就是在诉讼前获得的,诉讼开始后,是否认定具备证据合法性呢?

更进一步地说,违反“先取证,后裁决”所取证据即丧失证据资格,这样理解证据的合法性是否也有偏差?例如,在被诉行为类型不同时,就一律导致证据资格丧失吗?《行政诉讼法》规定,“诉讼过程中,被告不得自行收集证据”,据此理解,此处对证据资格的界定应适用于一切行政案件,而从《若干问题的解释》的规定看,它则仅限于行政机关作为的行政案件。在不作为案件中,因为不作为是一种程序上的消极行为,行政机关不可能像作为那样在作出前主动调查取证,在证据充分的基础上形成行政决定,而只能在原告起诉后,才有可能去收集、补充有关证据材料。在行政赔偿诉讼中,违反“先取证,后裁决”而否认证据资格,也似不妥。另外,《行诉证据规定》中有对“新证据”的界定,如何认定“新证据”,它与“先取证、后裁决”之间的关系,也语焉不详,容易导致“先取证、后裁决”在证据审查中的功能失灵。

依立法和司法解释,“严重违法法定程序”收集的证据材料被排除在行政诉讼证据之外,那么“一般违反”或“轻微违反法定程序”的证据是否就是可以成为行政诉讼定案的根据呢?补充证据的效力认定,主体资格欠缺、形式瑕疵的证据材料的证据资格问题等。

通过以上立法初步观察和实践的感性认识,不禁引发出问:行政诉讼证据资格凭何论定,行政诉讼证据属性中是否必有合法性,合法性的内在理论基础是何,合法性认定的规则何在?

二、选题意义

研究行政诉讼证据合法性可能有如下意义。

(一)理论意义

(1)有助于行政诉讼基本理论的深化和丰富,对行政证据属性的专门性研究,弥补诉讼证据学研究之空白。研究行政诉讼证据的本质属性是行政诉讼法学证据理论的基础性命题。诉讼证据的本质属性问题在诉讼法学中占有重要地位,它是确立诉讼法学中证据方面其他问题,如证据的证明能力、证明标准、证据的效力、证据规则等问题的基础。立法中采用了“合法性”表述,但合法性是否构成行政诉讼证据的属性和其基本内容为何?与民事诉讼和刑事诉讼相比较,行政诉讼证据合法性的特殊性何在,理论上一直无有建构。

(2)有助于行政法基本理论研究的深入。行政诉讼作为对监督行政、救济权利、制约权力的制度,以对行政行为的司法评价来实现对行政权行使的目的、内容、方式、方法、步骤等的间接规制,对行政诉讼证据合法性的研究密切联系着对依法行政的探讨。在某种程度上,对行政诉讼证据合法性的要求就来自行政行为的合法要件,尤其鉴于行政诉讼证据与行政证据间天然的联系,决定该课题也将有助于行政程序理论研究之深化。

(二)现实意义

(1)指导当前司法实践。在确定证据审查的规则和范围、提高诉讼效率、促进实体公正的实现,该研究具有很强的指导意义。法律上的证

明活动是一种逻辑思维过程,它从给定的被认为是合法的证据出发,合乎经验、理性地得出结论。在这一过程中,结论正确性必须从以下两个方面得到保障:其一,作为推理前提的证据必须合法。其二,事实认定程序和标准的透明且推理过程可重复,增加程序正义的可检验程度。而行政诉讼证据合法性就是为程序正义提供检验标准。从实际功能看,明确了行政诉讼证据合法性的要求、对证据材料进行预先过滤,有利于集中审理案件,有利于诉讼效率的提高,并更能提高诉讼公正。

(2)反思现行行政诉讼证据制度。证据制度是司法制度中不可或缺的内容,是诉讼制度的灵魂所在。但是由于立法的疏漏和法学研究的滞后,我国现行的证据制度无法满足司法实践的要求,更没有全面反映证据制度在世界范围内的普遍发展趋势,目前我国的行政诉讼证据制度的理论设计和法律规定有走入误区的可能。现行的证据立法和司法解释中,不是以规范证据能力为核心,而是以规范证明力为重点,这种趋势虽然有助于增加立法的可操作性、降低司法难度,但是却大大损害了“自由证明”的根本精神,阻碍了证据制度现代化的进程。行政诉讼证据合法性的研究将实质回答哪些证据材料具有证据资格的问题,是规范证明力的首步,此项研究可以有助于行政诉讼证据制度的反思和重构。

(3)提供解决司法难点的可行性方案。证据问题既是诉讼理论和诉讼立法上的难点问题,也是司法实践中的重点和难点问题。解决证据适用上的难点问题——证据的取舍,需要对证据本质的深刻认识,是在证据属性上对法律真实和客观真实的两种价值取向的抉择。当前行政诉讼立法和司法解释中,一方面是照搬了一些民事诉讼中对证据合法性的要求,并没有体现行政诉讼对证据审查的特殊性,另一方面在对被告所举证据的资格上存在对追求法律真实或者追求客观真实的两种价值取向的双重认可,使得法官在证据取舍上出现司法消极主义或自由裁量权滥用的两个极端。建立证据资格适用统一条件是解决上述问题的关键,而证据资格适用条件建构的前提就是对行政证据本质属性的认识。

(4)顺应纠纷解决机制与时俱进的需要。在当今行政行为多样化趋

势下,各具特点的行政行为纳入司法审查后,对其合法性审查之证据的运用与取舍标准也将因诉讼标的不同而有所区别。结合行政诉讼类型化之趋势,对证据资格条件设定应有所分别,而对行政诉讼证据属性是认定证据资格条件的共性的重要基础。

三、研究现状和思路

(一)研究现状

从证据学研究来看,证据学者对证据属性的探讨始于20世纪90年代,一度有三性说(关联性、客观性、合法性)、两性说(排除客观性或排除合法性)之争,其共识在于证据的基本属性应当包括关联性,而合法性和客观性是否具备,分歧严重。在如何界定证据属性之间各自的内涵和彼此的关系,以及由此对证据资格和证明力产生何种影响,研究也不充分。同时,证据学中,针对刑事诉讼证据讨论居多,对行政诉讼证据研究不仅起步晚,涉及的面也较窄,以2002年《行政诉讼证据规定》的出台为分水岭,分为两个阶段:

第一阶段(2002年3月前),学者聚焦行政诉讼中证明责任,对其应当如何分担及其法律后果展开研究和讨论,行政诉讼证据本质属性问题未有涉及,仅在界定证据内涵和特征时一笔带过。

第二阶段(2002年3月之后),学者围绕行政诉讼应当确立何种证据规则及其基本内容进行研究,而对于作为证据规则构建前提的行政诉讼证据本质属性一直没有形成研究氛围,虽然有个别学者注意到了行政诉讼证据的价值取向和现行证据认定中的问题,但是,这些研究只初步揭示了问题,从理论上、实践操作方案上都没有给出进一步的研究和答案。现有的成果中还有两类危害极大的偏颇:一是将行政诉讼证据的合法性和行政程序证据的合法性混为一谈,认为二者同质;二是行政诉讼证据合法性、刑事诉讼证据合法性、民事诉讼证据合法性不分,存在任意摘取后两者对证据资格的要求构建所谓的行政诉讼证据排除规则,没有从行政诉讼证据本质属性上区别于后两者,抹杀了行政诉讼的制度特性,僵化和不加区别地移植证据制度。虽也有学者提出行政诉讼证据应

当具有合法性及其具体要求,但在合法性之内涵、要求、违反之后果等基本问题上尚待研究,未能形成理论构建和有效的论证。

在《行诉证据规定》出台后,法律实务工作者和部分学者对立法的解释与适用方案,由于受到文本的限制,只停留在释法层面,虽然有一定程度理论的分析,但依然是为了解释立法,而非从行政诉讼证据本身的规律性问题出发,以此为线索认识行政诉讼证据问题,分析框架被局限在立法文本中,尚不能形成对行政诉讼证据制度的完整的解读和构建。对行政诉讼证据本质属性缺乏揭示,在证据属性和行政诉讼证据认定的关系、属性之间的关系以及证据规则体系等问题,都缺乏深入的研究。

以上研究成果的通病是忽视了对行政诉讼证据本质属性研究的理论价值,在证据属性、证据能力和证明力等问题始终未能理清,没有认识证据属性在行政诉讼中的特殊性,也没有把它上升为行政诉讼证据制度大厦的基石的高度。对它的研究之缺乏或者忽视,会使得对行政诉讼证据其他方面的研究从一开始就是无本之木,空穴来风。对此问题的探索,将提供行政诉讼证据其他制度研究的理论核心和构建指南。

(二) 研究思路

为探讨回答上述问题,笔者拟从以下几个方面分析:

第一,从理论视角考察行政诉讼证据的属性,对行政诉讼证据合法性有无及其内涵做理论概括,论证合法性是行政诉讼证据属性之一。

第二,从比较法的角度,分析世界主要国家对实质意义上的行政诉讼的证据合法性界定及其要求,归纳异同,并探究其中原因。同时,对不同诉讼制度间证据的合法性作出比较,分析出行政诉讼证据合法性的特殊性内涵和外延。

第三,从我国现有法律规定及其司法实务出发,提出现实中存在的证据合法性适用之不足,尝试提出一些变革思路,构建起我国行政诉讼证据合法性审查之证据规则。

(三) 预计创新和难点

本书研究过程中,预计主要创新和难点问题有五处:

第一,诉讼证据及其属性之界定。诉讼证据的属性决定了诉讼证据与其他材料的本质区别,而定义诉讼证据的实质也是对属性的高度概括。目前的研究,对诉讼证据的定义尚存纷争,对属性问题也有多种认识,孰是孰非,众说纷纭。作为基本理论问题必须先予以梳理,精确地回答。

第二,揭示证据属性之间的关系以及它们在证据认定过程中迥异的作用方式。证据属性方面,学者的共识在于关联性,而在合法性和客观性是否具备的问题上,分歧较大。如果证据属性非一个,它们之间的关系和对证据认定各自起到何种作用,是证据合法性成为一个独立的命题被研究的一个重要前提,至今已有的研究,尚不能回答。

第三,界定行政诉讼证据合法性。揭示行政诉讼证据合法性特殊内涵,是本书研究的核心之一。在其中,本书不仅要揭示其特殊性,还要对其蕴涵的主要内容给出阐释,以作为对证据认定的重要指南。

第四,构建行政诉讼证据合法性的基本规则。在其内涵指导之下,在制度层面提出,证据规则,是行政诉讼证据合法性研究的另一个核心。本书是行政诉讼证据合法性在制度层面的具体应用。由于行政诉讼证据的复杂多样化,如何恰当地确立规则和例外又是一个研究难点和可能的创新之处。

第五,改革我国行政诉讼证据制度之设想。任何的理论成果若对现实缺乏关怀,就是不完整的思考。针对我国行政诉讼证据制度的现状,以理论研究成果检视之,提出完善方案,是研究终极意义上的成果。

特别需要说明的,出于行文的逻辑顺序和章节目录整体性的考虑,以上五处并不能完全单独构成一章的内容,而是在行政诉讼证据合法性研究的主线下,在行政诉讼证据合法性的前提范畴、由来、内涵、要求、审查等方面中,次第阐述。

第一章 几个基本概念

一、诉讼证据

理论上,证据的定义迄今仍是难题,学者分歧颇多。“影响较大的学说有事实说、根据说、材料说与统一说等”。^①据笔者粗略收集和检索,除了北京大学出版社和高等教育出版社联合出版的法学核心课程用书之外,其他出版社的证据学教材有11本之多,在四十多本涉及证据学的专著中,对证据的理论阐述更是错综复杂。毫不客气地说,证据学研究平台还未能构筑,话语体系不同导致了观点纷呈。本书以诉讼证据的属性研究为对象,解析何谓行政诉讼证据是研究的首步,对诉讼证据的概念梳理和界定更是首步。

(一)形形色色的证据

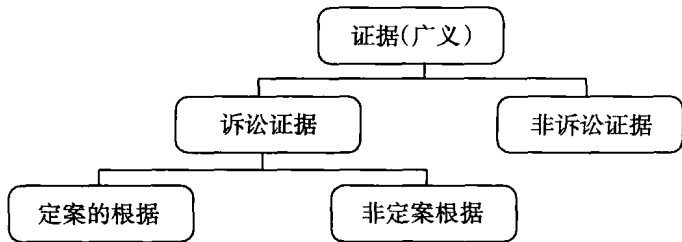
细推之,诸学说之根本分歧并非证据是“事实”还是“材料”或是“定案根据”,而在于证据之范畴大

^① 何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社2004年版,第106页。

小——若范畴大,则证据即“材料”;若范畴较小,则证据即“定案根据”。本书从范畴着眼,梳理证据既往的界定,将诸学说归纳为如下三类。

1. 广义证据说

一般生活中所使用的“证据”是指广义的证据,它包括能证明已发生事件的所有材料。常言说的“凡事都要有证据”,就是在广义上使用证据一词。此处的“证据”与“诉讼证据”应是相区别的两个概念。“证据”被“诉讼”一词限定后,诉讼证据就仅指诉讼程序中的材料,而未进入诉讼程序的证据不在其列,也即“诉讼证据”是为法律允许提交、供审理者审查、用来证明已发生事实的材料。而“定案的根据”是最终被法院确认、用来证明已发生事件并借此解决争议的那部分材料,是司法裁判的基础,范围小于“诉讼证据”。彼此关系如图一所示:



图一

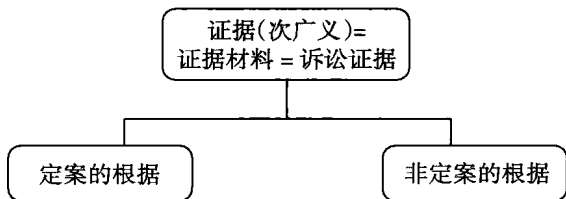
2. 证据次广义说

证据次广义,是指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者有助于证明本方提出的关于事实的主张的材料,都是证据。”^②此处的材料是指证据材料,它和“证据”、“诉讼证据”是同义概念。诚如学者所言,“证据,顾名思义是证明问题

^① 中国社会科学院研究所《法律辞典》编委会编:《法律辞典》(简明本),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。

的根据,它依赖于证明对象而存在并随证明对象的变更而增减、消隐或重组,它的作用在于使待证的事项成立,为人们所接受……但若将这些未经筛选的证据称为证据材料……证据法的名称都得改变……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。”^①而“定案根据”,正是查证属实之后的那部分证据。彼此关系如图二所示:



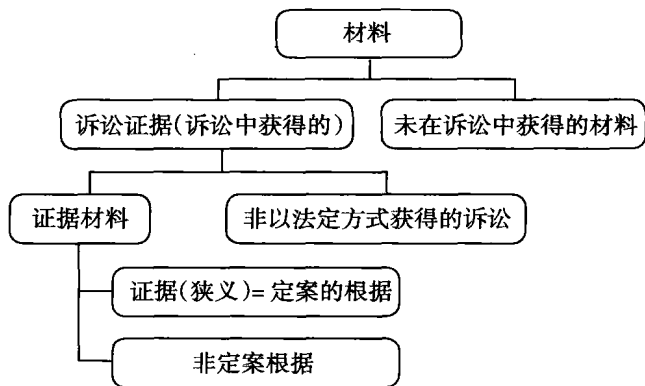
图二

3. 证据狭义说

证据狭义说认为证据就是定案的根据,它和诉讼证据不是同一概念,而且该学说还认为,诉讼证据和证据材料也不是同一概念,认为“证据材料”,“又称证据资料,指诉讼中通过法定方式获取的用来证明案件事实的材料,如证人证言,当事人陈述,鉴定结论,勘验笔录等。这些以一定形式所体现的内容,用以证明待证事实存在与否和真实程度的都可以称为证据材料。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,才是真正意义上的证据,不具有证明案件事实能力的材料,则不得作为证据使用。”^②此处所指的“证据”是狭义的,范畴小于“证据材料”,等于“定案的根据”,但都属“诉讼证据”之中。彼此的关系如图三所示:

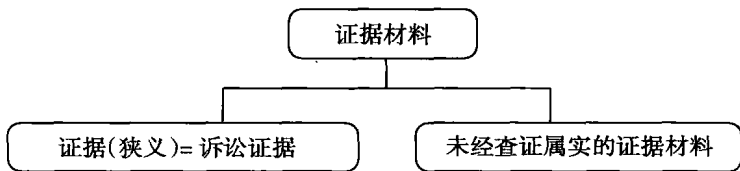
^① 梁玉霞:“什么是证据——反思性重塑”,载何家弘主编:《证据学论坛》(第3卷),中国检察出版社2001年版。

^② 中国社会科学院研究所《法律辞典》编委会编:《法律辞典》(简明本),法律出版社2004年版,第849页。



图三

在证据狭义说之下,学者也有分歧之处。有部分学者认为,“证据”不仅与“定案根据”同义,还与“诉讼证据”同义。认为“诉讼证据是审判人员、检察人员、侦查人员等依照法定程序收集并审查核实,能够证明案件真实情况的根据……证据,应该同定案的证据是同一个概念,凡是未经查证属实的物证、书证、证人证言等各种证据形式,统统称为证据资料或证据材料。”^①故而,证据可以作为定案证据的替代性说法,严格意义上所说的证据就应该是定案根据意义上的证据,证据的客观性、关联性和合法性这些构成要素,就是从最终的意义上来说描述证据的概念特征的。”^②彼此关系如图四所示:



图四

① 樊崇义主编:《证据学》,中国人民公安大学出版社2001年版,第46页。

② 汤维建:“关于证据属性的若干思考和讨论——以证据的客观性为中心”,载《政法论坛》2000年第6期。