

【行政法理论】

总第11集

行政诉讼的认证规则及其运用 / 甘文

【行政审判实务问题研究】

论行政诉讼驳回诉讼请求判决与合法性审查原则之一般关系 / 汤军

【疑难案例分析】

丰浩江等17人诉广东省东莞市城建规划局房屋拆迁行政裁决上诉案评析 / 羊琴

【行政执法与行政审判参考资料】

2003年全国行政复议行政应诉案件情况综述

行政执法与行政审判

Administrative Regulation and Judicial Review

中华人民共和国最高人民法院

行政审判庭 / 编



行政执法与行政审判

总第11集

Administrative Regulation and Judicial Review

引领法律时尚 勇做实务先锋

法律出版社法律应用出版分社

品牌奉献 独家出版

最高人民法院审判指导系列丛书

刑事审判参考

刑事审判要览

民事审判指导与参考

中国民商审判

知识产权审判指导与参考

● 行政执法与行政审判

强制执行指导与参考

 **独角兽视觉设计工作室**
UNICORN STUDIO
装帧设计

图书上架归类建议
法律实务·司法业务指导

ISBN 7-5036-5174-1



9 787503 651748 >

ISBN 7-5036-5174-1/D · 4892 定价:32.00元

2004年第3集 • 总第11集

行政执法与行政审判

Administrative Regulation and Judicial Review

中华人民共和国最高人民法院
行政审判庭 / 编

顾问：李国光

主编：奚晓明

副主编：王秀红

编委：赵大光 孔祥俊 周红耕

蔡小雪 甘文

执行编辑：蔡小雪



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政执法与行政审判. 2004 年. 第 3 辑: 总第 11 集/
最高人民法院行政审判庭编. —北京: 法律出版社,
2004. 10

ISBN 7-5036-5174-1

I. 行… II. 最… III. ①行政执法—中国—参考
资料②行政诉讼—审判—中国—参考资料 IV. D925.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 106059 号

©法律出版社·中国

责任编辑/杨 扬

装帧设计/温 波

出版/法律出版社

编辑/法律应用出版社

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/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/12.5 字数/216 千

版本/2004 年 11 月第 1 版

印次/2004 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律应用出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/ yangyang@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939647

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号: ISBN 7-5036-5174-1/D·4892 定价: 32.00 元

行政执法与行政审判(总第11集)目录

●【行政法理论】

- 001 行政诉讼的认证规则及其运用 甘 文
 017 行政诉讼中合理性原则之适用问题初探 吴偕林
 023 行政诉讼法律适用问题研究 郭修江
 033 关于行政诉讼判决的几个问题 梁凤云
 050 论诉讼中暂时权利保护 沈建东 史 笔

●【行政审判实务问题研究】

- 058 行政案件审理中需要注意把握的一些问题 殷蓉蓉
 068 论行政诉讼法的“不可抗力条款”与行政相对人诉权
 之保障 刘冀民 王晓滨
 080 论行政诉讼驳回诉讼请求判决与合法性审查原则之
 一般关系 汤 军
 091 工伤认定行政案件的审理问题 李玉国
 097 从一起土地行政案件看复议前置程序之适用 刘立新
 101 不履行法定职责违法归责原则及赔偿范围之探讨 王 达

●【争鸣】

- 107 透过案例看行政诉讼与行政争议 马怀德

●【疑难案例分析】

- 123 丰浩江等17人诉广东省东莞市城建规划局房屋拆迁行政
 裁决上诉案评析 羊 琴
 130 李朋淑等6人诉长丰县规划局城市规划行政许可案评析
 何爱武
 136 行政许可案件中被告无正当理由逾期举证时裁判方式的
 适当选择 惠开磊
 141 查幼君诉重庆市江北区人民政府行政答复案评析
 金代权 彭 英
 148 覃自三等14农户诉渔峡口镇政府林地经营权归属
 行政处理决定案评析 王 争

- 152 邱彩萍诉天台县公安局限制人身自由、请求赔偿行政
争议案 江 勇

●【司法调查】

- 158 关于审理行政赔偿案件有关问题的调查报告
..... 何谢忠 程 琥
- 170 关于对淄博两级法院近五年来行政案件裁定中止诉讼
情况的调查分析 淄博市中级人民法院行政审判庭

●【行政执法与行政审判参考资料】

- 176 2003 年全国行政复议行政应诉案件情况综述
- 183 全国人大常委会首次成立法规违法违宪的审查机构

●【行政裁判文书选登】

- 185 姚圣纪诉扬中市人民政府土地权属处理决定上诉案
——江苏省高级人民法院行政判决书(2004)苏行终字第 022 号

征稿启事

【行政法理论】

行政诉讼的认证规则及其运用

◆甘文

法官根据什么对案件事实作出认定？从微观上讲，这是一个技术问题；从宏观上讲，是一个哲学问题。中国诉讼法历来有追求客观事实的传统。在刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法中，都有一个法官认定案件事实和适用法律的基本原则，即“以事实为根据，以法律为准绳”。长期以来，主流的诉讼法观点认为，法院（包括审理案件的法官）应当以案件的客观事实为根据，认定案件事实。那么，什么是客观事实呢？在这种观点看来，案件的客观事实应该是法院认定的案件事实；法院认定的案件事实就是案件的客观事实。因此，法院的判决应当是绝对正确的。不然，则应当按照有错必纠的原则，通过二审程序甚至审判监督程序予以改判。那么案件的客观事实是否真的能够通过法官的审理而作出认定呢？笔者认为，这决定于法官了解案件的可能性及相关条件。在有些案件中，法官认定的事实可能与案件客观事实是基本一致的，但法官认定的案件事实不可能与客观事实完全一样。案件一经发生就不可能完全再现。因此，法官只能通过对证据的审查认定，作出最大可能的接近客观事实的判断。而且这种判断要受法律规定的证据规则的制约。因此，法院裁判行政案件，应当以证据证明的案件事实为依据。

笔者认为，在证据与案件事实之间的关系问题上，需要确立新的观念和规范，一是要改变传统证据学观念中对案件事实内涵的理解。法院裁判案件的事实依据，是证据证明的案件事实即法律事实，而非客观事实，“以事实为根据”中的“事实”应当是法律事实而不是客观事实。也就是说，从逻辑上讲，法院认定的案件事实可以不是客观事实。二是要改变法院认定案件时的表达方式。传统的裁判文书总有一段话：“本院经审理查明：……”。事实上，很多案件的事实，法院是无法真正查明的。最近，不少法院更改了裁判文书的表述方式，将该段内容改为：“本院根据案件的有效证据认定如下事实：……”。这种表述符合法院裁判行政案件以法律事实为根据的基本原则。三是通过立法、司法解释和判例促进当事人诉讼观念的转变。诉讼当事人在法庭上“要

①英美国家中传闻证据的概念有特殊的含义,美国联邦证据规则第八百零一条(c)规定,“传闻是指不是由陈述者在审判或者听证中作证时作出的陈述,在证据上将它提供来证明主张事实的真相”。第八百零二条规定,“传闻证据,除本证据规则或者其他由联邦最高法院根据立法授权或国会立法所确认的规则另有规定外,不能采纳”。牛津法律大辞典是这么解释传闻证据的概念的:“在证据法中,(传闻证据)是指不是证人亲自所看到、听到或以其他方式观察到的证据,而是来自他人那里就调查中的事实所听到的证据。英美证据法的一般规则是传闻证据属不可接受证据,因为它不是最佳证据,实际目击者既没有提供证据,也没有接受交叉询问,所以该证人提供的证据是二手材料。即或他的陈述是真实的,实际目击者也可能错误地感知案件事实,其证据的可信性并未经过考证。尽管如此,对这一一般规则

以证据说话,不要以事实说话”。以往当事人不注重庭审程序和证据规则,总以自己经历的事实作为诉讼依据,而不以自己掌握的证据为诉讼依据。因此,十分有必要通过立法规范促使当事人注重法律事实而不是客观事实,更加充分地利用证据进行诉讼。当事人由于没有充分运用诉讼规则和证据规则导致败诉的,不能再以法院裁判认定的案件事实与客观事实不符,而请求上级法院改判。

法官应当如何对案件的事实进行认定的问题非常复杂,因案而异。有的案件事实很容易准确认定,有的案件事实较难准确认定,有的案件事实则无法准确认定。因此,建立一套认证的规则体系十分重要。法官在不同诉讼中对案件事实的认证规则在本质上是一致的,即法官应当在当事人充分、公平行使举证、质证权利的基础上,在正当程序的原则和规则支持下,作出最接近客观事实的证据判断。当然,这只是认证的要求。事实上,证据认定的过程十分复杂。法官的认证规则的设置,有必要基于诉讼程序和目标的不同而有所不同。本文试图结合最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》(以下简称《行政证据》),对行政诉讼证据的认证规则作一定的梳理,分析其内涵、运用的可行性以及可能存在的问题。

一、一般证人的意见证词排除规则

从证据来源的角度,可以将证据划分为原始证据和传来证据。从案件事实的第一来源获得的证据是原始证据;从案件事实的第一来源以外获得的证据为传来证据。从证据与案件事实之间的证明关系的角度,可以将证据划分为直接证据和间接证据。能够独立证明案件事实的证据是直接证据;不能独立证明而需要其他证据佐证,才能证明案件事实的证据,是间接证据。尽管证人证言的内容本身也可以作如上的划分,但《行政证据》没有对证人证言做这样的划分,也没有采用英美国家排除传闻证据(Hearsay)的规则^①,但对证人陈述行为作了一定的要求。《行政证据》第四十六条规定:“证人应当陈述其亲历的具体事实。证人根据其经历所作的判断、推测或者评论,不能作为定案的依据。”

一般证人出庭作证的陈述,内容非常复杂。有些内容可以作为定案根据,有些则不能作为定案根据,有些则需要通过结合其他证据对其证明效力作出判断。根据《行政证据》第四十六条的规定,证人应当陈述有关其亲身经历的具体事实,如果所陈述的事实不是其亲身经历的,则其证词一般不能作为认定案件事实的根据。这主要有两种情形,一种情形是证人陈述他人告诉他的某些案件事实。例如,张三作为证人出庭作证。张三说,李四有一次告诉他,甲把乙打伤了。张三的陈述对于“李四是否告诉张三甲把乙打伤了”这个待证事实而言,是一种原始

证据,但对于“甲把乙打伤了”这个待证事实而言,则是一种传来证据。因为,张三只是听说甲把乙打伤了,而没有亲眼看到。如果“李四是否告诉张三甲把乙打伤了”是一个待证事实,张三的陈述成立的话,就可以作为定案根据。如果“甲把乙打伤了”是一个待证事实,即使张三的陈述被认为是可以成立的,法院仍需要结合其他证据对待证事实作出判断。另一种情形是证人陈述他的判断、推测或者评论。这在英美国家被称为一般证人的意见证词。根据《行政证据》第四十六条的规定,这类证词不能作为定案根据。即使一般证人的判断、推测或者评论是合理地建立在证人的感觉基础上,或者对理解证人的其他证词是有利的,也不能作为定案根据。这一规则与英美国家的证据规则有一定的区别。^②

需要指出的是,《行政证据》排除一般证人的意见证词,但不排除专家证人的意见证词。鉴定人或者专业人员作为专家证人出庭作证的,可以用意见或其他方式作证,通过科学、技术或其他专业知识帮助法官理解证据或确定事实。因此,在诉讼实践中,某一个证人出庭作证,法院首先需要确定的是,这个证人属于一般证人还是专家证人。这直接关系到该证人的某些证词是否可以作为定案的根据。从这个角度讲,《行政证据》否定专家证人这一重要的法律概念,不利于有关专家证人的特殊规则在诉讼实践中的运用。

二、案卷外证据排除规则

案卷外证据的排除规则是行政诉讼特有的规则,是指行政机关在行政程序中形成的证据之外的证据,不能作为定案的根据。案卷外证据的排除规则主要是针对被告而言的,即被告在诉讼中向法院提供的作出具体行政行为时没有收集或者没有记录的证据,法院一般不予接纳。也就是说,这些证据属于不可接纳的证据,但这些证据未必不能证明案件事实。例如,行政机关发现某公民有违法行为,于是作出一个行政决定。但在这个行政决定的案卷中没有有关公民违法行为的证据。在该公民提起的行政诉讼中,该被告向法院提供了用以证明原告违法行为的证据。对于这些证据,法院一般不接纳。在实行陪审团制度的国家,尽管这是一个事实问题,但律师应当首先对法院是否应当接纳这些证据进行辩论。因为,这些证据一旦被法院接纳,将可能成为陪审团判断事实的根据。《行政证据》第五十九条确立的案卷外证据排除规则很特殊,主要是有关原告提供的案卷外证据的排除规则的规定。该条规定:“被告在行政程序中依照法定程序要求原告提供证据,原告依法应当提供而拒不提供,在诉讼程序中提供的证据,人民法院一般不予采纳”。

与非法证据的排除规则一样,案卷外证据排除规则也不是绝对的。

还是有许多例外,例如在实际目击者已经死亡的情况下。在英格兰民事案件中这种证据已被取消。另一方面,在欧洲国家,法官可以认定被提供的任何证据。证据是来自直接的观察还是第二手材料这个问题只是在评估证据的价值时所应考虑的问题”。《牛津法律大辞典》,光明日报出版社,1988年版,第401页。

②在美国,一般证人的意见证词在特定的条件下,可以作为有效证据对待。《美国联邦证据规则》第七百零一条规定,如果证人不属于专家,则他以意见或推理形式作出证词仅限于以下情况:(a)合理建立在证人的感觉之上;和(b)对清楚理解该证人的证词或确定争议中的事实有益。关于专家证词的问题,《美国联邦证据规则》第七百零二条规定,如果科学、技术或其他专业知识将有助于事实审判者理解证据或确定争议事实,凭其知识、技能、经验、教训或教育够格为专家的证人可以用意见或其他方式作证。

《行政证据》第五十九条规定了案卷外证据的排除规则,同时设定了一些条件。该条规定可以从以下几个方面理解:

第一,这类证据必须是被告在行政程序中曾经依照法定程序要求原告提供的证据。如果被告在行政程序中没有依照法定程序要求原告提供证据,原告就没有相应的义务在行政程序中向行政机关提供相关的证据。在这种情况下,原告可以在诉讼中提供证据。

第二,这类证据必须是原告依法应当按照被告的要求向被告提供而拒不提供的证据。需要特别注意的是:该条适用的一个重要条件是,原告负有提供证据的法定义务而拒绝提供。对于这一条件,在起草的时候有过争论。一种观点认为,被告依照法定程序要求原告提供证据,原告无正当理由拒不提供的,原告在诉讼程序中向法院提供的证据,法院不予采纳。《行政证据》讨论稿曾作出相应的规定。笔者认为,《行政证据》讨论稿的规定实际上在给行政程序的相对人设定特定的义务,即无论是否有法律规范上的要求,只要被告在行政程序中要求原告提供证据,原告均应当提供相关证据。从行政法的一般原理上看,原告若没有法定义务,行政机关不具有特权给原告设定义务的特权。司法解释更不应该对原告设定行政程序中的义务。也就是说,原告在没有相关法律规范设定义务的条件下,无论其是否有正当理由,均有权在行政程序中拒绝向被告提供证据。行政机关只有通过其他调查途径获得原告违法的证据,方可获得法院的支持。鉴于此,《行政证据》定稿时,将这一条件,从“无正当理由拒不提供”改为“依法应当提供而拒不提供”。

这一规定主要适用于两类行政案件。一类是行政裁决案件。行政机关根据法律规定作为居间裁决机构,对平等主体之间的民事纠纷,如自然资源的权属、商标权、专利权纠纷等作出裁决。在裁决过程中,行政机关应当根据双方民事主体提供的证据作出判断。而对于民事主体而言,他们负有按照行政机关的要求向行政机关提供证据的法定义务。如果一方民事主体在行政裁决程序中没有向行政机关提供证据,行政机关只能根据另一方当事人提供的证据对案件事实作出判断。在之后发生的行政诉讼程序中,法院应当根据行政机关行政裁决案卷中的证据,对行政机关的行政裁决行为进行司法审查。对于原告在行政裁决过程中没有提供而在诉讼程序中提供的证据,法院不应当采纳。如果允许法院采纳这些证据,将导致民事主体在行政程序中提供证据的行为不受约束,从而使行政裁决行为失去特有的法律意义。

第二类是行政许可案件。公民、法人或者其他组织向行政机关申请许可证时,应当依法向行政机关提供证明其符合获得许可证条件的申请材料。行政机关则应当根据相对人的申请材料,对相对人是否符合获得许可的条件作出判断。假如行政机关拒绝相对人的申请,相对人可能向法院提起行政诉讼,请求法院对行政机关拒绝颁发许可证行

为的合法性进行审查。法院审查事实问题的基础同样是相对人在申请许可过程中向行政机关提供的申请材料。而对于相对人在诉讼程序中新提供的行政许可机关案卷以外的证据,法院不应当采纳。否则法院将可能替代行政许可机关实施行政许可行为。法院司法审查的任务在于对行政机关的许可行为是否合法作出判断,而不是对原告是否应当获得许可作出判断。这其中有非常重要的司法权与行政权的界限。

有的学者提出,这一规定还可以适用于某些有关行政处罚的行政案件中,例如,产品质量法第五十五条规定,“销售者销售本法第四十九条至第五十三条规定禁止销售的产品,有充分证据证明其不知道该产品为禁止销售的产品并如实说明其进货来源的,可以从轻或者减轻处罚”。如果行政机关依据该条规定,在作出行政处罚决定前,要求被处罚人提供其不知道销售的产品是禁止销售的产品的证据,被处罚人不提供而到诉讼中提供,这类证据法院一般不予采纳。笔者认为,这种分析存在一定的问题。产品质量法第五十五条的规定不仅适用于行政机关的行政处罚行为,而且适用于法院的司法审查行为。也就是说,在司法审查过程中,产品质量法同样是法院决定是否撤销或者变更被告处罚决定的一个重要法律依据。根据行政诉讼法第五十四条的规定,行政处罚显失公正的,法院可以判决变更。例如,在产品质量行政案件中,原告在行政程序中一时无法向行政机关提供证据,以证明其不知道产品为禁止销售的产品,但在诉讼程序中,原告收集到证据,以证明其不知道该产品为禁止销售的产品并能够说明其进货来源。根据产品质量法的规定,行政机关应当自行变更行政处罚决定,作出一个新的处罚决定。如果行政机关没有变更处罚决定,法院应当作出一个变更行政处罚决定的判决。对此,有的学者可能会进一步提出反驳的意见:为什么行政机关不能根据行政程序中收集的证据作出一个固定的判断?笔者认为,这是由产品质量法第五十五条的立法精神所决定的。产品质量法没有规定,原告必须在行政程序中提供减轻或者从轻处罚的证据,才能够获得减轻或者从轻的处罚。还有一个重要因素是,行政诉讼法赋予了法院在特殊条件下的司法变更权,这是英美国家法院所没有的特定权力。因此,法院可以根据原告在诉讼程序中提供的证据变更行政机关的处罚。

第三,法院对这类证据一般不予采纳,而不是绝对不予采纳。这些证据不能作为支持原告主张的根据,但可以作为证明其他当事人主张的事实根据。

这一规定的出台与WTO反倾销协定中特有的证据规则有密切的关系。根据WTO反倾销协定的规定,反倾销行政主管机关对外国产品在国内的倾销幅度和对国内产业损害程度的认定,可以根据可获得的最佳信息作出判断。这是由反倾销案件证据收集途径的特殊性所决定的。^⑤我国最高法院对反倾销行政案件的证据认定问题也作了相应的

③WTO《关于实施1994年关税与贸易总协定第六条第八款的规定》,“如任何利害关系方不允许使用或未在合理时间内提供必要的信息,或严重妨碍调查,则初步和最终裁定,无论是肯定的还是否定的,均可在可获得的事实基础上作出。在适用本款时应遵守附件2的规定”。《关于实施1994年关税与贸易总协定第六条的协定》的附件2《按照第六条第八款可获得的最佳信息》第一条规定:“调查一经发起,调查主管机关即应尽快详细列明要求任何利害关系方提供的信息,及利害关系方在其答复中组织此类信息的方式。主管机关还应保证该方意识到,如信息未能在合理时间内提供,调查机关将有权以可获得的事实为基础作出裁定,包括在国内产业提出的发起调查的申请中包含的事实。”第六条规定:“如证据或信息未被接受,则应将有关理由通知提供方,并提供在合理时间内作出进一步说明的机会,同时适当考虑调查的时限。如主管机关认为该说明不令人满意,则应在任何公布的裁定中,列出拒绝该证据或信息的理由。”第七条规定:“如主管机关

的调查结果,包括对正常价值的调查结果,只能依据第二来源的信息,包括在发起调查的申请中提供的信息,则应特别慎重。在此类情况下,如可行,主管机关应自行核对来自其他独立来源的信息,例如公布的价格表、官方进口统计、海关报表以及调查期间自其他利害关系方获得的信息。但是很显然,如一利害关系方不予合作,而使调查机关不能获得有关信息,则此情况可导致比该方进行合作时更为不利的后果。”

④最高法院《关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》第八条规定,“原告对其主张的事实有责任提供证据。经人民法院依法定程序审查,原告提供的证据具有关联性、合法性和真实性的,可以作为定案的根据。”“被告在反倾销行政调查程序中依照法定程序要求原告提供证据,原告无正当理由拒不提供,不如实提供或者以其他方式严重妨碍调查,而在诉讼程序中提供的证据,人民法院不予采纳。”第九条规定:“在反倾销行政调查程序中,利害关系人无正当理由拒不提供证据、不如实提供或者以其他方式严重妨碍调查的,国务院主管部门根据能够获得的证据得出的事实结论,可以认定为证据充分。”

规定。^④行政机关调查程序中因原告没有依法提供证据,行政机关只能根据最佳的证据作出判断。因此,这种规则也可视为最佳证据规则的一部分。事实上,WTO《关于实施1994年关税与贸易总协定第六条的协定》有关证据的规定,不但引起了中国行政诉讼规则的变化,而且在世界范围内推动了新的证据规则的变革;不但拓展了司法审查案卷外证据排除规则的适用范围,而且扩充了最佳证据规则的新内涵。

三、优势证据规则

在诉讼实践中,法官经常会遇到双方当事人提供不同证据用以证明同一事实的情形。在证据发生冲突的时候,法官需要运用一定的规则对所采信的证据进行选择。法官选择最佳形式的证据和最有说服力的证据作为认定案件事实的根据所遵循的规则,便是最佳证据规则。最佳证据规则源于英美法。在英美国家,最佳证据规则曾经十分流行,但现已仅限于书证的范畴。^⑤《行政证据》第六十三条对最佳证据规则作出如下规定:

证明同一事实的数个证据,其证明效力一般可以按照下列情形分别认定:

(一)国家机关以及其他职能部门依职权制作的公文文书优于其他书证;

(二)鉴定结论、现场笔录、勘验笔录、档案材料以及经过公证或者登记的书证优于其他书证、视听资料和证人证言;

(三)原件、原物优于复制件、复制品;

(四)法定鉴定部门的鉴定结论优于其他鉴定部门的鉴定结论;

(五)法庭主持勘验所制作的勘验笔录优于其他部门主持勘验所制作的勘验笔录;

(六)原始证据优于传来证据;

(七)其他证人证言优于与当事人有亲属关系或者其他密切关系的证人提供的对该当事人有利的证言;

(八)出庭作证的证人证言优于未出庭作证的证人证言;

(九)数个种类不同、内容一致的证据优于一个孤立的证据。

从该条规定看,显然《行政证据》试图确立的最佳证据规则不限于书证,其涉及行政诉讼法第三十一条规定的七种证据。另外,《行政证据》所确立的最佳证据规则并不带有绝对性。该条规定只是对不同类别、不同状态、不同形式的证据的证明优势作了一般性的规定。因此,笔者认为,如果为便于区别于英美法的最佳证据规则,不如称这一规则为优势证据规则。下面,我们逐项分析该条规定。

第一,公文文书与其他书证证明效力的区别。该条第(一)项规定的公文文书是指国家机关以及其他职能部门依职权制作的文书,包括

命令、决定、通知、函文、证明等等。也就是说,国家机关所作的文书的证明效力一般要高于其他民间机构所作的文书的证明效力。如果我们深究为什么国家机关的公文文书的证明效力要高于私人机构的文书的证明效力,这个问题可能很难回答。有的学者认为,之所以要作此规定,理由主要有两点。一是国家机关制作的文书具有法定的权威性,在一定程度上体现了国家的意志。二是国家机关制作的文书比较规范,真实性更高。笔者认为,《行政证据》第(一)项确立的规则超出了英美法的最佳证据规则,两者之间适用的范围不同。英美法的最佳证据规则主要是用于书证的原件与复制件之间的关系^⑤。事实上,该条第(一)项规定的是以书证的权利性质或者权力性质为判断文书证明效力的标准。也就是说,公权力性质的文书比私权利性质文书的证明效力要高。这种规则的理论基础是公权力的法律地位高于私权利的法律地位。如果这个问题继续探讨下去,可能会涉及公法的基础理论问题。但是,有一点应当是比较明确的,随着现代民主政治和法治的发展,私权利的法律地位正在逐步趋向于与公权力具有平等的法律地位。在证据法领域,公文的证明效力优势也应当逐步缩减。因此,《行政证据》第(一)项规定是否应当在行政诉讼中得到普遍运用,是一个值得研究的问题。

关于公权力和私权利的法律地位问题,英、美、法国家教学案例中经常要举的特殊例子是鸣喇叭的案例。例如,根据某市地方性法规的规定,某一地段禁止鸣喇叭。一个警察在路口执勤,发现一辆行驶的小车鸣喇叭,于是对该车驾驶者处以罚款的处罚。该驾驶者不服,向法院提起诉讼。由于该案件发生时,这一路段没有其他车辆和行人,只有驾驶者和警察两人。警察认定该驾驶者鸣了喇叭,而该驾驶者表示自己当时没有鸣喇叭。这时需要法院做出一个选择。警察的证言是否足以证明原告有违法行为呢?基于维护公共交通安全的需要和对公权力的充分尊重,行政法上的通行观点是,在这种情况下,法院应当支持警察的判断,即使这种裁判的错误概率非常高。这个例子尽管不是一个有关公文证明效力的案例,但对我们有所启示。在行政诉讼中,这种证据判断规则的运用一般要受到非常严格的限制。我们不能当然地认为公文的证明效力高于其他书证,要作出肯定的判断时,必须充分考虑案件中各种证据的状态和关系。

第二,鉴定结论、现场笔录、勘验笔录、档案材料、经过公证或者登记的书证与其他书证、视听资料和证人证言的证明效力的区别。《行政证据》第六十三条规定前者的证明效力一般要高于后者的证明效力。笔者认为,鉴定结论由专业人员和专业机构作出,其效力高于书证和证人证言,可以理解。现场笔录、勘验笔录是行政执法人员根据现场、物品的状况的记录,其可靠性也要高于书证和证人证言。经过公证的书证、登记的书证、档案材料,由于有公权力的介入或者其他法律规

⑤“最佳证据规则在现今则为关于文书内容的证据可采性的规则。该规则需要提出文书的原本,如不能提出原本,在作出令人满意的说明之前,则应拒绝其他证据,其理由是显而易见的。因为,作为文字或其他符号,如差之毫厘,其意义则可能失之千里;观察时的错误危险更大,尤其当其在实质上对视觉有所近似时更是如此。为此,除提出文书的原本以供查验外,对于证明文书的内容存在诈伪及类似错误的机会多不胜数”。参见,〔美〕摩根著,李学灯译,《证据法之基本问题》,台湾世界书局1982年版,第385页。

⑥最佳证据规则这一概念,有的时候可能会引起不必要的混乱。因为这个概念让人感觉似乎为一条普遍规则,即从证据最有力的角度来讲,所有案件都能够得到最好的证据是由律师提供的。因此,认为这条规则如称为“原始文书规则”或许更加妥当,因为它仅是一项规定原始文件材料在证据力上具有优先权的一种原则。参见〔美〕乔恩·R.华尔兹著,何家弘等译《刑事证据大全》,中国人民大学出版社1993年版,第335页。

范的依据,也可以认可其证明效力要高于其他书证。该项规定中,比较难以让人接受的是,鉴定结论、现场笔录、勘验笔录、档案材料的证明效力要高于视听资料的规定。视听资料作为证据的一种,其证明效果比较直接、明确,在诉讼实践中,法官在很多情况下宁愿认定视听资料所证明的事实,而否定其他证据。例如,在一起交通行政案件中,公安机关根据勘验笔录认定甲某在某路口违章驾车,撞伤另一辆车上的驾驶员乙某。于是对甲某处以罚款和拘留十五天的行政处罚。甲某不服,向法院提起诉讼。在诉讼过程中,甲某向法院提供了一份录像带。该录像带是案发路边上楼房里的一位居民在家中无意间拍摄的。录像带的内容显示,是乙某违章驾车撞上了甲某的车。在这个案件中,有两份矛盾的证据,一份是行政机关提供的勘验笔录,一份原告甲某提供的录像带。笔者认为,在被告提不出证据证明甲某提供伪造的录像带的情况下,法院应当认定原告提供的证据能够证明案件事实,从而否定被诉具体行政行为的事实认定。因此,笔者认为,法官不能轻易适用《行政证据》第六十三条有关鉴定结论、现场笔录、勘验笔录、档案材料、经过公证或者登记的书证与视听资料之间的证明效力大小的规定。

第三,原件、原物的证明效力优于复制件、复制品。书证的原件的证明效力优于复制件,这是英美法上最佳证据规则的内容。该《行政证据》第六十三条第(三)项没有规定“原件”是否仅指书证的原件。笔者认为,该项规定的原件,包括书证、鉴定结论、现场笔录、勘验笔录、证人证言以及视听资料的原件。《行政证据》规定原物的证明效力优于复制品,进一步说明,《行政证据》确立的最佳证据规则的适用范围要大于英美法国家的最佳证据规则。在英美国家物证的证明效力问题并不适用于最佳证据规则。^⑦《行政证据》第六十三条第(三)项的规定与第十一条有关提供物证的要求的规定是一致的。

第四,法定鉴定部门的鉴定结论优于其他鉴定部门的鉴定结论。确立该条规则的理由主要有两点,一是我国的鉴定机构管理比较混乱,确立法定鉴定部门的鉴定结论证明效力优先的规则,有利于推动法定鉴定部门的规范和发展。二是一般情况下法定鉴定部门出具的鉴定结论其可信度要高于其他鉴定部门出具的鉴定结论。

第五,充分尊重法庭主持的勘验笔录的证明效力。勘验可以由作为被告的行政机关主持,也可以由其他行政机关主持。在必要的时候,法庭可以主持勘验。法院与案件的双方当事人之间不具有利害关系。若法庭主持勘验的结果与其他机构主持勘验的结果不同,基于法院享有司法最终判断权的原则,应当认定法庭主持勘验的结论具有较高的证明效力。

第六,原始证据优于传来证据。在证据学上,人们比较有统一认识的是原始证据的概念。原始证据一般是指通过第一来源的途径获得的证据。如案件目击者所作的证人证言、书证的原件、物证的原物等。但

⑦在英美国家,最佳证据规则不适用于物证。即使有关实物证据很容易被带上法庭,当事人并没有必须将实物证据带上法庭的义务。对有关物证的物质特征可用证言、书证,比如照片予以证明。由于最佳证据规则只适用于书证,因此,应当将书证与物证加以区别。比如,当出示墓碑以证明其重量等物质特征时,属于物证范畴,如果将墓碑上的文字提出来证明某人的死亡日期时,则属于书证。参见沈达明编著:《比较民事诉讼法初论》(上册),中信出版社1991年版,第286页。

是对于传来证据的概念,则有很多不同的定义。有的学者认为,传来证据是指证人通过他人告知或者其他途径获得的有关案件事实内容的证人证言。有的学者则认为,书证的复印件、物证的复制品等也属于传来证据。笔者认为,这是一个概念界定的技术问题的问题。如果考虑概念用词“传来”的含义,前一种定义更加符合“传来”的词义;如果考虑概念与概念的界限,第二种定义更能区分原始证据与传来证据之间的不同。笔者认为,需要明确的是,传来证据的概念不同于英美法中的传闻证据的概念。把传来证据界定为非原始证据,可能更有利于分析问题。由于传来证据派生于原始证据,因此采用原始证据优先的规则,会很容易为人所接受。这一规则同时明确了一点,有些学者借鉴英美国国家“排除传闻证据”的规则,提出的“排除传来证据”观点,并没有被最高法院的司法解释所采纳。

第七,有利害关系的证人证言的证明效力。《行政证据》规定了两类证人证言的证明效力低于普通证人的证言。一类是与当事人有亲属关系的证人的证言,一类是与当事人有密切关系的证人的证言,该条所指的有密切关系应当理解为有密切的良好关系。这些证人所作的对当事人有利的证言的证明效力较低。通常情况下,人们总会认为与当事人有亲属或者密切关系的证人,自觉或者不自觉地会倾向于当事人。《行政证据》只是根据生活的常理作出这样的规定。笔者认为,该条规定将引发两个需要进一步讨论的问题。一是与当事人有亲属关系或者其他密切关系的证人所作的对该当事人不利的证言的证明效力是否高于普通证人所作的证言;二是与当事人有不良利害关系的证人所作的对当事人不利的证言是否低于普通证人的证言。证人证言的证明效力的大小因证人的不同而进行划分的前提有两个方面,一是没有其他证据可以影响证人证言的证明效力;二是法官无法从其他方面分析证人证言的证明效力。在这种情况下,法官只能通过证人与当事人的关系中得出判断。因此,笔者认为,如果《行政证据》第六十三条第(七)项规定可以成立的话,对引发的两个问题也可以作出肯定的回答。

第八,出庭作证的证人证言优于未出庭作证的证人证言。该项规定对于我国行政诉讼建立新的证人出庭制度意义非常重大。尽管这主要是对当事人提供证据的行为设定义务,但同时也是对证人提供证言行为的规范,有利于防止证人随意出具证人证言。该条规定与《行政证据》第四十一条有关证人有出庭作证的义务以及当事人负有提供证人的义务的规定是一致的。

第九,证据的数量与证明效力的关系。《行政证据》第六十三条第(九)项的规定,数个种类不同、内容一致的证据优于一个孤立的证据。尽管数量的多少并不能决定其证明效力的大小。但对于性质相同的证据而言,数量多的证据的证明效力要大于数量少的证据。

需要指出的是,《行政证据》最佳证据或优势证据规则的运用,与

⑧所谓诉讼上的自认,是指在诉讼过程中,一方当事人对于他方当事人所主张不利于己方的事实予以承认的表示;而诉讼外的自认则通常是指在有关诉讼程序之外,一方当事人对他方当事人所主张对其不利的事实承认表示方式。其中包括在他案中所作出的自认。根据法国民法典第一千三百五十四条的规定,自认分为诉讼上的自认与诉讼外的自认。对于诉讼上的自认,其自认在审判上有充分的证据力,即无论在法官看来案件事实应如何,但应把当事人对其不利的自认作为真实对待。而凡不具备诉讼程序中自认的条件都属于诉讼外的自认,对此种自认可采取诉讼中能采纳的证据方法予以证明。法国在立法上并未规定诉讼外的自认在诉讼上的证据力,但依法国的学理应归由法官据情自由裁量。根据意大利民法典规定,自认分为诉讼上的自认与诉讼外的自认(第二千七百三十条)。在诉讼外所作出的自认可由文书或其他方式予以证实。如果该自认涉及某一不能由证人证言加以证实的情形时,则此种自认便不能以证言证据加以证实。与大陆法系其他国家有所不同的是,德国民事

证明关系有密切的关系。法官是否认定证明效力较大的证据所证明的案件事实,还需要参考不同条件的证明标准。例如,在一个治安拘留处罚案件中,有一个证据支持原告的主张,有两个证据支持被告的主张。但支持原告主张的证据构成合理怀疑的话,则法院不应当认定支持被告主张的两个证据所要证明的案件事实。因为在治安拘留处罚案件中,法院需要运用排除合理怀疑的证明标准。

四、自认规则

自认,主要是指一方当事人对其他当事人所主张的对其不利的事实予以承认。自认规则在民事诉讼中得到比较普遍的运用,但在行政诉讼和刑事诉讼中受到较多的限制。《行政证据》第六十五条规定,“在庭审中一方当事人或者其代理人在代理权限范围内对另一方当事人陈述的案件事实明确表示认可的,人民法院可以对该事实予以认定。但有相反证据足以推翻的除外。”笔者认为,法院在适用该条规定时需要注意以下几个方面的问题:

(一)当事人在庭审外所作的自认,不属于自认规则调整的范围

关于当事人在庭审外包括庭审开始前和庭审结束后所作的自认的拘束力问题,一直有争论。有的学者认为,对公民在行政程序中所作的自认,法官应当承认其拘束力。否则,公民出尔反尔,不利于行政机关的行政执法。另一种观点认为,公民在行政程序中的自认,不应作为行政机关认定事实的根据,因此,在诉讼过程中不能得到当然的认定。笔者认为,若公民在行政程序中的自认具有拘束力,将在很大程度上鼓励行政机关采取各种违法手段迫使公民自认。从外国诉讼法的经验看,即使在民事诉讼中,大多数国家的自认规则也不适用于诉讼程序之外。^⑨《行政证据》自认规则适用的范围更窄,不但不适用于诉讼程序外,而且不适用于庭审程序外。

(二)自认是指对其他当事人陈述的事实的认可,不包括当事人的陈述错误

例如,在一个行政诉讼案件中,原告是一位七十岁的老人,该原告在陈述被诉具体行政行为的内容时,将被告作出具体行政行为的时间陈述错了。对于原告的陈述,被告没有反驳。如果法院认定原告陈述的是事实,则原告已经超过起诉期限。这对原告而言是不公平的,因此,当事人陈述错误不具有当然的拘束力,不属于自认的范畴。

(三)自认是一种明示认可,当事人以默示方式认可其他当事人所作的对自己不利的事实,不属于自认

《行政证据》第六十五条中规定当事人必须是“明确表示认可”,才

属于自认。这与民事诉讼的自认规则有很大的不同。在民事诉讼中,当事人默示的认可具有法律效力。^⑨在起草该条规定时,有的学者提出,关于默示自认的效力问题,行政诉讼应当与民事诉讼适用相同的规则。但这种观点没有被采纳。《行政证据》之所以不承认默示自认的效力,主要原因在于中国行政诉讼当事人的诉讼能力上的差别。规定默示自认的法律效力,不利于保护诉讼能力较低的相对人的合法权益。

(四) 自认的事实不能当然地被认定为案件事实

《行政证据》第六十五条规定,法院对当事人自认的事实可以认定,而不是规定法院应当认定。因此,法院在认定当事人自认的事实时,还需要审查当事人自认的事实是否存在逻辑上的矛盾和证明案件事实的可能性。另外,如果有相反的证据可以推翻当事人自认的事实的,法院也应当不予认定。

(五) 根据被告对作出的具体行政行为承担举证责任的原则,被告对原告的陈述表示认可,不能作为法院认定被诉具体行政行为合法的根据

这是行政诉讼自认规则区别于民事诉讼自认规则的最重要的特点。

(六) 代理人的自认不具有当然的法律效力

笔者认为,从理论上讲,自认案件事实应当是当事人所能够了解的事实,因此,自认不能脱离当事人的主观意志。《行政证据》第六十五条规定了代理人自认的内容,但不是十分明确。代理人的自认可以分为两种情况:一种是当事人和代理人都参加了诉讼,代理人对案件的事实进行了明示自认,当事人没有提出异议;一种是当事人没有参加诉讼,代理人对案件事实进行了明示自认。前者代理人的自认可以认为获得了当事人的认可,法院可以认定。后者代理人的自认,即使该代理人有当事人的特别授权,法院也不应当认定。

五、司法认知和推定规则

司法认知是指法官对司法管辖范围内众所周知的事实或者能够以直接或者间接手段准确确认的事实的认定。^⑩而证据的推定是指法官根据法律规定或者经验法则从一个已知事实推导出一个待证事实。这两者有一定的联系,但不是同一个问题。但《行政证据》第六十八条将这两个问题规定在一起。该条规定:

“下列事实法庭可以直接认定:

(一) 众所周知的事实;

诉讼法规定,经对方自认的事实无须举证。当事人的自认只有在法庭上作出才为有效(第二百八十八条)。因此,德国证据法并不认可法庭外的自认。参见,刘善春、毕玉谦、郑旭:《诉讼证据规则研究》,中国法制出版社2000年版,第422~423页。

⑨最高法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第八条规定,“诉讼过程中,一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的,另一方当事人无需举证。但涉及身份关系的案件除外。”“对一方当事人陈述的事实,另一方当事人既未表示承认也未否认,经审判人员充分说明并询问后,其仍不明确表示肯定或者否定的,视为对该事实的承认”。

⑩笔者对司法认知的定义,参考了美国联邦证据规则第二百零一条(b)项的规定:“适用司法认知的事实必须下属于合理争议的范畴,即(1)在审判法院管辖范围内众所周知的事实;或(2)能够被准确地确认和随时可借助某种手段加以确认,该手段的准确性不容被合理质疑”。