



最高人民法院
司法解释理解与适用

17

行政诉讼证据司法解释之评论

—— 理由、观点与问题

甘文/著

中国法制出版社



最高人民法院
司法解释理解与适用

17

行政诉讼证据司法解释之评论

——理由、观点与问题

最高人民法院行政审判庭 甘文 / 著

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

行政诉讼证据司法解释之评论/甘文著.

—北京: 中国法制出版社, 2003.3

ISBN 7-80083-966-4

I. 行… II. 甘… III. 行政诉讼—证据—研究—
中国 IV. D925.313.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 009329 号

行政诉讼证据司法解释之评论——理由、观点与问题

XINGZHENG SUSONG ZHENGJU SIFA JIESHI ZHI PINGLUN ——LIYOU
GUANDIAN YU WEN TI

著者/甘文

经销/新华书店

印刷/河北省涿州市新华印刷厂

开本/850×1168 毫米 32

印张/8 字数/190 千

版次/2003 年 3 月第 1 版

2003 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-966-4/D·932

定价: 18.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66062741

发行部电话: 66062752

编辑部电话: 66032924

邮购部电话: 66033288

读者俱乐部电话: 66026596

序：规则背后的原则和方法

司法解释往往代表了司法政策。

我在起草最高法院司法解释时，这种感受非常深刻。在司法解释这种政策性很强的法律规范面前，我们会经常站在多个选择方案前瞻前顾后、犹豫不决。对于法官而言，确定司法解释的具体规范与作出一个具体判决很相似：必须要有所选择，即，总要选择一个方案而放弃其他方案。

最高法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》主要是有关证据的诉讼程序规范，从严格意义上讲并不全是证据规则。但这其中的确包含有很多具有规则性质的规范，例如：最佳证据规则、非法证据排除规则、案卷外证据排除规则、补强证据规则等等。另外还有很多诉讼程序方面的规则。平时，我经常遇到各级法院法官针对某个很具体的条文提出这样的问题：为什么最高法院要作出这样的规定，而不是那样的规定？

这是一个既抽象又具体的问题。就像每一位法官都可能经常问自己：为什么这个案件要这样判？这类案件是否可以都这么判？所以，我想在我的书中，尽量告诉读者这些司法解释为什么要作如此这般的规定，也就是要告诉读者，在这些规则背后是否还有一个或者几个支持它的原则，这些原则是否存在冲突，应该用什么方法解决这些冲突。

中国最高法院拥有为其他国家最高法院所羡慕的以制定条文的形式行使的司法解释权，因此，中国的司法解释规范和立法规

范一样，可以分为原则性规范和规则性规范^①。

法律的原则，可能以规范的形式存在，也可能作为规范所体现的精神而存在。例如，“对具体行政行为的合法性进行审查”，是行政诉讼法规定的行政诉讼领域中一个原则；而“维护诉讼程序的公平、公正”，则是各类诉讼法律规范所体现的诉讼程序的原则。而法律的规则，则只能以规范的形式存在，存在于法律、法规、司法解释以及判例中。在最高法院制定的司法解释中，我们可以看出有些规范属于原则，但更多的规范属于规则。

对同一事项，一般可以设定几个甚至很多个规则。如果这些可选择的规则，都在一个原则的支持之下，那么，司法解释往往需要在同一原则下选择最佳的规则。例如，在限制法院调取证据权力的原则下，我们需要同时设定法院依职权调取证据的条件和依申请调取证据的条件。而是否在法院依职权调取证据的两种情形——涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的事实认定和涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项之外，再设置一个兜底条款，便是同一原则下如何设定规则的问题。如果设定兜底条款，意味着法院在特定的条件下，还可以在这两种情形之外的其他情形下行使依职权调取证据的权力。尽管这种特定的权力行使的范围非常狭窄。究竟设定兜底条款还是

① 美国学者迈克尔·D·贝勒斯曾试图区分原则与规则的不同，他认为：“原则和规则可以区别开。一方面，规则是以要么有效要么无效的方式适用，如果它们适用于一种情况，就限定它的价值。例如，要求一份不是死者亲笔所写的遗嘱需有两个证人的法律就是一个规则，假如，一份遗嘱只有一个证人，它就是无效的。相反，当原则适用的时候，它们并不必然限定一种估价。可能有这样一个原则：人们可以根据自己的意愿以‘遗赠’（遗嘱）的方法自由地处分他们的财产，但这并不必然随之要求一个自由订立的遗嘱应当受到保障，因为一个相对的原则（如一个人应当为未成年子女作出适当安排）也将适用。另一方面，因为原则不是以要么有效要么无效的方式适用，并且原则可能互相冲突，所以，原则有‘份量’。就是说，互相冲突的原则必须衡量或者平衡，有些原则比另一些原则有较大的份量。因为规则是以要么有效要么无效的方式适用的，所以它们并不必须互相衡量或平衡”。迈克尔·D·贝勒斯：《法律的原则——一个规范的分析》，中国大百科全书出版社1996年版，第13页。

不设定兜底条款，便是一个规则的选择问题。最后，最高法院认为不设定兜底条款是最佳选择。

有的时候，不同的规则服从于不同的原则，规则的设定会带来原则之间的冲突。从规则与原则的关系看，司法解释的规则性规范要服从原则性规范，规则之间的冲突，有的时候实质上体现为原则之间的冲突。例如，原告在一般情况下应当在开庭审理前向法院提供证据，这是最高法院证据司法解释的一个新规则。自1989年行政诉讼法颁布以来，所有的法律、法规和司法解释都没有规定原告的举证期限。是否要在司法解释中设定原告的举证期限的规则，在理论界和实务界一直有激烈的争论。

不设定原告举证期限的规则背后是行政诉讼法确立的合法性审查原则。既然法院审理行政案件是对被诉具体行政行为的合法性进行审查，原告在什么时间提供证据并不重要，只要原告提供的证据能够证明被诉具体行政行为违法，法院都应当采纳，甚至在二审期间提供的证据也应当采纳。而设定原告举证期限的规则的背后是维护诉讼程序公平、公正的原则。如果法律和司法解释规定了被告的举证期限，而不规定原告的举证期限，原告可能会滥用举证期限不受限制的特殊权利，从而导致诉讼程序不公平和诉讼资源的浪费。最高法院最后在司法解释中规定，原告应当在一定的举证期限内提供证据，否则法院将视其为放弃举证权利。这实际上使合法性审查这么一个行政诉讼领域特定的原则服从于诉讼领域更一般的原则。

那么，我们究竟应当运用什么方法对原则之间的冲突作出一个调和或者取舍的决定呢？这是起草司法解释时必然要遇到的问题。为什么只规定被告的举证责任而没有规定原告的举证责任？为什么要在很大程度上认可行政机关偷录获得的证据？为什么用利诱的方法取得能够证明案件事实的证据不能作为定案根据？为什么要给自认规则设定那么多的条件？为什么法院在审查下级行

政机关的具体行政行为时还要审查上级行政机关的复议程序？为什么要在有关证据的规定中规范行政程序？

这些问题都可能会引起我们对方法论的思考。

在行政法的研究方法上，我们熟悉的是历史、比较、逻辑、系统等传统的方法。事实上，一些新的方法正在逐步引入行政法领域，如利益衡量、博弈、公共选择等^①。大约在十年前，我开始研究行政法的基础理论，其中包括对行政法的方法论的研究。在方法论领域，我主要研究利益衡量在行政法基础理论架构和法律框架中的地位和作用。我曾试图在确认判决和驳回诉讼请求判决的适用范围、上诉案件的审查范围等问题上，运用利益衡量的方法解决司法解释中的某些问题。

如果我们仔细观察很多有关证据的规则或者原则，会发现在冲突之间所作的选择背后总隐含有利益衡量的方法。实际上，利益恒量可能是每一位立法者和法官都在运用的方法。当然，在运用某个特定的方法时，方法论的指导是至关重要的。在公共利益至上或者公共利益优先的观念的主导下，中国行政诉讼领域的立法、司法解释，在很多方面并没有真正维护行政权力与公民权利之间的平衡关系。如果用利益衡量方法论审视这些规则和原则，我们的确会发现不少问题。利益衡量方法论往往会让我们在规则与规则、原则与原则之间发生冲突时，找到一个利益最大化的解决方案。利益衡量方法论的基础是公民权利与行政权力之间的平衡，这正是行政诉讼法、行政法乃至公法应该认真对待的问题。

在本书出版之际，我要特别感谢我的导师罗豪才教授长期以

^① 罗豪才教授认为，“由于公共利益和私人利益在司法审查案件中有充分的体现，利益平衡已经是一个不可忽视的司法方法。平衡范畴不仅体现行政权力和公民权利的状态，同时也体现一种方法。在司法过程中，利益衡量是法官审视行政法主体之间博弈是否符合原则和规则的重要方法，同时，利益衡量也是在司法解释和司法裁判的过程中促使利益最大化的重要方法。这种方法正在司法审查的各个领域受到重视并得到不断运用”。罗豪才：《序——行政法的核心与理论模式》，载于甘文著：《行政与法律的一般原理》，中国法制出版社 2002 年版，第 7 页。

来对我的关心、指导和鼓励。另外，我要感谢李仕春博士为本书的出版提供良好的机会，感谢最高法院的领导、同事和孙琬钟教授、郭道晖教授、应松年教授、姜明安教授、袁曙宏教授、胡建森教授、马怀德教授、湛中乐副教授、陈端洪博士、沈岿博士、王锡锌博士、李娟博士、包万超博士、李忠博士、杨开湘先生、蔡华先生对我理论研究的支持。

甘 文

2003 年元月于北京

目 录

序：规则背后的原则和方法	(1)
第一章 举证责任的分配和举证期限	(1)
一、被告举证责任的特定范围和期限	(2)
二、被告有限的补充、收集证据的权利	(6)
三、起诉人的初步证明责任和原告的举证责任	(10)
四、原告提供证据的诉讼价值及期限	(22)
五、法院的告知义务以及要求当事人提供、补 充证据的权力	(31)
第二章 提供证据的要求	(35)
一、书证的形式要求及其法律依据	(35)
二、提供物证和视听资料的特殊要求	(38)
三、提供证人证言、鉴定结论、现场笔录的要 求	(41)
四、提供域外证据、外语证据、需要保密的证 据的要求	(43)
五、提交与接受证据以及庭前证据交换程序	(45)
第三章 调取和保全证据	(48)
一、对法院调取证据权力的限制	(48)
二、申请调取证据的要求及程序	(56)
三、保全证据条件及其措施	(60)
四、与鉴定、勘验相关的几个程序问题	(64)
第四章 证据的对质辨认和核实	(74)

一、诉讼程序与证据效力的关系	(74)
二、当事人拒不到庭与证据效力的关系	(79)
二、两种特殊的质证方式	(81)
三、当事人质证的方式及其限制	(84)
四、证人出庭作证义务及相关程序	(89)
五、证人出庭作证的几个程序性问题	(103)
六、一般证人的意见证词的排除规则	(105)
七、无关联的证据和新的证据	(107)
第五章 证据的审核认定	(113)
一、法院认定证据的基本方法	(114)
二、证据的合法性和真实性的认定	(117)
三、不能作为定案根据的证据	(121)
四、针对原告提供的案卷外证据排除规则	(130)
五、不能作为认定被诉具体行政行为合法 根据的证据	(135)
六、突破司法审查范围与规范复议程序之 间的冲突	(138)
七、鉴定结论和电子数据的证明效力	(140)
八、最佳证据规则或优势证据规则	(144)
九、条件众多的自认规则	(151)
十、对事实的认可和对证据的认可	(154)
十一、司法认知和推定规则	(156)
十二、应当谨慎适用的补强证据规则	(160)
十三、证据的当庭认证及其补救程序	(164)
第六章 附 则	(166)
一、证人权利的保护和作伪证的法律責任	(166)
二、协助法院调取证据的义务及其法律責任	(169)
三、关于法律效力和溯及力的问题	(169)

第七章 行政诉讼的证明标准	(171)
一、优势证明标准	(173)
二、排除合理怀疑的证明标准	(176)
三、清楚而有说服力的证明标准	(179)
四、法律关系的不对等程度对证明标准的影响	(182)
附录	(187)
中华人民共和国行政诉讼法	(187)
最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定	(201)
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	(218)
参考文献	(240)

第一章 举证责任的分配和举证期限

关于行政诉讼的举证责任问题，历来是有争论的。有的争论是理论层面的，有的争论是为了解决行政诉讼实践中遇到的问题。行政诉讼法第三十二条对举证责任问题是这样规定的：“被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出具体行政行为的证据和所依据的规范性文件”。该条规定经常被一些学者在论证行政诉讼举证责任的分配时所引用。之所以争论一直在延续，直至《行政证据》出台都没有结束，其中一个重要的原因是对行政诉讼法第三十二条有很多不同的认识。因为，行政诉讼法第三十二条只是一个原则性的规定，有很多悬而未决的问题隐藏其中。首先，该条规定明确被告对作出的具体行政行为承担举证责任，没有明确在诉被告不作为的案件中谁来承担举证责任，对什么事项承担举证责任。其次，该条规定没有明确原告是否应当承担举证责任，应当对什么事项承担举证责任。第三，该条规定明确被告应当提供作出具体行政行为的证据，但没有规定被告应当什么时候提供。第四，行政诉讼法第三十二条属于行政诉讼法证据一章中的一条，却规定了被告应当提供规范性文件的内容，似乎把被告作出具体行政行为时所依据的规范性文件作为证据来对待。但没有明确被告提供证据与提供规范性文件在程序上何有区别。行政诉讼法本身规定不明确，加之行政诉讼实践中出现的有关举证责任问题十分复杂，使得理论上很难有一个统一的成熟的认识。《行政证据》试图解决这些问题，但仍然留有很多没有

解决的问题。

一、被告举证责任的特定范围和期限

被告对作出的具体行政行为负举证责任一般被视为行政诉讼不同于民事诉讼的一个重要特点。但为什么在行政诉讼中要让被告对作出的具体行政行为负举证责任呢？则很少有学者能够很好地回答这个问题。姜明安教授曾在—本著作中曾对这个问题有十分充分的论证，认为被告对作出的具体行政行为负有举证责任，是“谁主张、谁举证”的一般举证责任原则在行政诉讼中的特殊体现^①。笔者认为，被告作出某个具体行政行为是否可以视为其对认定的事实的一种主张，在理论上可以作进一步的讨论。因为，所谓主张往往应当体现为一种主观意志，而有些具体行政行为并不能体现行政机关的主观意志。某些违法行为主体的主观状态不明确，也很难推测，可能没有所谓的主张。但从理想的行为模型角度分析，具体行政行为既然已经作出可以推定其有所主张。因此，“谁主张、谁举证”这一举证责任的原则可以作一定的解释后适用于行政诉讼。最高法院《解释》第二十六条规定，

① “举证责任的一般原则是谁主张、谁举证，行政诉讼的举证责任规则并不与这一规则冲突，因为行政诉讼主要是审查具体行政行为的合法性而不是审查原告行为的合法性，但是，无论是具体行政行为的合法性，还是原告行为的违法都是被告的主张，被告之所以要给予原告行政处罚，对原告采取强制措施，或拒发原告许可证、执照等，通常是认为原告行为违法或不合法，为此就必须提供证据证明原告行为违法或不合法。若不能证明，法院就推定原告行为合法，原告无须为自己的行为合法举证。在证明原告行为违法或不合法以后，还不等于被告就证明了具体行政行为合法，被告还要进一步提出证明具体行政行为合法的证据，被告如不能提供充分确凿的证据证明自己的行为合法，法院就推定被告的行为违法，原告无须为被告的行为违法举证。只有被告已提供了充分确凿的证据证明了自己的行为合法以后，原告还主张被告行为违法，例如提出被告滥用职权，其行为侵犯了其合法权益，这时才应由原告负举证责任。原告不能证明自己的主张，即要承担败诉的后果。所有这些，都不违反谁主张谁举证的原则，而恰恰是谁主张谁举证原则的体现”。姜明安著《行政诉讼法学》，北京大学出版社1993年版，第145页。

在行政诉讼中，被告对作出的具体行政行为承担举证责任。《行政证据》第一条继承了《解释》的精神，规定由被告对作出的具体行政行为承担举证责任。该条规定：

“根据行政诉讼法第三十二条和第四十三条的规定，被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当在收到起诉状副本之日起10日内，提供据以作出被诉具体行政行为的全部证据和所依据的规范性文件。被告不提供或者无正当理由逾期提供证据的，视为被诉具体行政行为没有相应的证据。

被告因不可抗力或者客观上不能控制的其他正当事由，不能在前款规定的期限内提供证据的，应当在收到起诉状副本之日起10日内向人民法院提出延期提供证据的书面申请。人民法院准许延期提供的，被告应当在正当事由消除后10日内提供证据。逾期提供的，视为被诉具体行政行为没有相应的证据。”

《行政证据》第一条规定是第一章的核心内容，确立了举证责任分配和举证期限的一些重要规则。

第一，被告应当对作出的具体行政行为负举证责任，但《行政证据》对被告是否应当对不作为的合法性承担举证责任，没有作出规定。从行为的性质上划分，具体行政行为可以分为作为和不作为。《行政证据》要求被告对作为承担举证责任，而未规定对不作为是否承担举证责任。《行政证据》第一条将被告举证责任的范围限定在作出的具体行政行为。尽管《行政证据》通篇没有出现原告承担举证责任的字样，但法院在判断谁应当承担举证责任的时候，首先应当明确原告诉的是被告的不作为还是作为。如果是一个诉不作为的行政案件，则不能适用《行政证据》第一条的规定。

第二，被告应当在一定的期限内提供据以作出具体行政行为的全部证据。行政诉讼法第四十三条规定，“人民法院应当在立案之日起5日内，将起诉状副本送达被告。被告应当在收到起诉

状副本之日起 10 日内向人民法院提交作出具体行政行为的有关材料，并提出答辩状。人民法院应当在收到答辩状之日起 5 日内，将答辩状副本送达原告。”“被告不提出答辩状的，不影响人民法院审理”。《行政证据》把被告的举证期限限定在收到起诉状副本之日起 10 日内，其主要依据便是行政诉讼法第四十三条的规定。但是，行政诉讼法没有明确行政机关是否应当提供全部证据。

在起草的过程中，有的学者提出，要求行政机关提供主要证据即可。主要理由是，行政诉讼法第五十四条第（二）项确立的证据审查标准是，具体行政行为主要证据不足的，法院判决撤销或者部分撤销。行政机关只要向法院提供据以作出具体行政行为的主要证据，法院便可以对具体行政行为是否构成主要证据不足进行审查。因此，没有必要要求被告提供全部证据。有的学者认为，应当要求被告提供全部证据。主要理由有三：首先，从理论上讲，行政机关在作出具体行政行为时，应当已经收集到足以认定案件事实的所有证据。既然行政机关已经收集到这些证据，就应当提供给法院，由法院对其行为的合法性进行审查。其次，行政诉讼法第四十三条要求被告提供作出具体行政行为的“有关材料”，应当理解为有关被诉具体行政行为的所有材料，即行政机关据以作出具体行政行为的全部证据材料和所依据的规范性文件。再次，被诉具体行政行为是否构成主要证据不足，其审查的主体是法院而不是行政机关。如果规定被告可以只提供主要证据，则意味着允许被告在提交答辩状的时候，对其作出具体行政行为所依据的证据进行筛选，将何为主要证据、何为次要证据的判断权力交由行政机关行使。若行政机关经过筛选向法院提供了主要证据，而法院却认为其提供的证据不是主要证据，要求其补充提供。这会带来一系列的问题，将会导致诉讼程序和举证责任负担上的混乱。后者的观点在定稿时被采纳。

第三，被告应当提供作出具体行政行为所依据的规范性文件。从行政诉讼理论上讲，规范性文件不是证据。行政诉讼法第三十二条的表述本身是有问题的。但是在诉讼过程中，要求行政机关提供相应的规范性文件又是必要的。对于是否应当在第一条中对被告提供规范性文件的问题，在起草的时候，曾经有两种观点。一种观点认为，不应当在此作规定，因为《行政证据》是一个有关行政诉讼证据的专门司法解释，不应当规定有关规范性文件的内容。另一种观点认为，行政诉讼法对被告提供证据和规范性文件的问题都在第三十二条作了规定，《行政证据》是一个司法解释，应当与行政诉讼法保持一致。如果在此条中不规定有关规范性文件的内容，当事人或者下级法院在诉讼实践中可能会遇到操作上的问题。笔者认为，行政诉讼法第四十三条中的“有关材料”，包括了规范性文件。《行政证据》是一个有关证据问题的诉讼程序方面司法解释，其内容不仅限于证据问题。尽管在第一条中规定了规范性文件的问题，显得有些突兀，但有利于实践操作。《解释》第二十六条规定：“被告应当在收到起诉状副本之日起10日内提交答辩状，并提供作出具体行政行为时的证据、依据；被告不提供或者无正当理由逾期提供的，应当认定该具体行政行为没有证据、依据”。《解释》第二十六条所规定的依据，即具体行政行为所依据的规范性文件。需要注意的是，《行政证据》要求被告提供据以作出具体行政行为的全部证据，但没有要求被告提供全部的规范性文件。笔者认为，被告在提交答辩状的同时不一定提交所有与具体行政行为有关的规范性文件，而只要提供其所依据的能够支持被诉具体行政行为合法性的规范性文件。主要理由是，法院对具体行政行为合法性的审查标准之一是适用法律法规是否正确。而行政机关在行政执法时，可能依据法律、法规、规章以及规章以下的规范性文件作出具体行政行为。在诉讼过程中，如果被告能够提供法律、法规的依据，即使没有提供规

章以下的规范性文件，法院不能认定其缺乏法律依据。只有在法院对被诉具体行政行为是否构成滥用职权或显失公正时，被告才可能需要提供规章以下的规范性文件。

第四，被告不提供或者无正当理由逾期提供证据的，法院应当认定其没有相应的证据。这一规定与《解释》第二十六条的规定基本相同。所谓“视为被诉具体行政行为没有相应的证据”，是指即使行政机关举证期限届满之后提供了相应的证据，法院也不予认定。这一规则与证据学上的推定规则相似。

第五，被告有正当事由的，其举证期限可以延长。被告的正当事由主要是不可抗力。例如，某行政机关在作出具体行政行为的时候已经收集了证据，但在诉讼过程中，因山洪暴发，行政机关办公室中所有案卷被洪水围困，无法向法院提供。在这种情况下，行政机关应当依据《行政证据》第一条第二款的规定提出书面申请。法院经审查准许延期提供证据的，行政机关应当在山洪消退、办公室解困之后 10 日内向法院提供证据。这里有一个需要讨论的问题，即，被告没有提出延期提供证据的申请，但事后能够证明被告确实因为不可抗力事由而延期提供，法院是否应当认定其没有相应的证据。笔者认为，出现这种情况，应当视具体情况而定。如果因不可抗力事由，被告无法向法院提出申请而逾期提出申请的，法院应予准许。如果确有不可抗力事由无法提供证据，但这个不可抗力事由不影响被告向法院提出延期提供证据申请的，应当视为被告放弃诉讼权利，法院对逾期提出的申请不应予准许。

二、被告有限的补充、收集证据的权利

被告应当在举证期限内提供作出具体行政行为的全部证据，但行政诉讼法第三十四条规定，法院有权要求当事人提供或者补