

行政处罚证明标准研究

欧阳振远*

摘要:文章归纳了英美法系国家诉讼证据证明标准与大陆法系国家的共同点和区别,对我国诉讼证据证明标准进行了反思。以诉讼证据证明标准作为比较参考,对我国行政处罚程序中证明标准的内涵进行了界定,对行政处罚证明标准的定义及在监督证券发行与交易行为中的实践应用进行了探讨。通过比较域外行政处罚的证明标准,论文进一步论述了我国行政处罚程序证明标准的指导思想,继而归纳出在三种不同情形下适用的证明标准。

关键词:行政处罚程序 证明标准

一、绪言

证据制度不只是诉讼程序的核心问题,也是行政处罚程序的核心问题。事实的认定以证据为基础,确立科学的证据规则有助于行政机关正确认定事实。相对于诉讼证据来说,我国学术界和实务界对行政处罚程序证据制度的研究甚少,还没有真正

* 中国证监会行政处罚委员会副主任审理员,法学博士。

形成共同的理念,更不用说形成了具有执行力的规则。一些行政处罚案件的分歧,主要是理念的不同,缺乏一致认同的行政处罚证据规则所造成的。行政程序证据制度其实是比司法证据使用更频繁的证据制度,有着其特殊性和典型性,具有很强的职权特色,行政机关在整个行政处罚中既扮演着调查员的角色又扮演着裁判员的角色,这就要求行政执法人员对于事实证据的认定不但要自己形成内心确信,还要向行政相对人说明理由,甚至还要向行政复议机关证明其行为的合法合理,向法院的审查法官证明处罚合法。不仅如此,行政处罚证据的证明难度较大,在现实执法中,行政执法人员常常感觉无法可依,有时只能凭主观臆断来进行处罚,所以其行政处罚行为也面临着被推翻的风险。为行政执法人员确定行政处罚的标尺不仅是确保行政处罚合法合理的重要手段,而且是行政权威依法确立的重要保证。

对于认定事实的证据,一般来说应该具有“三性”,即客观性、关联性和合法性。但行政执法人员对证据收集要到什么程度,证据的证明力要达到什么标准才能认定涉案主体的违法事实,从而适用法律给予行政处罚?这里关键是怎样确定行政处罚程序中的证明标准问题。证明标准是证明责任的尺度也是证据制度的核心,是证据规则的重要组成部分。证明标准又称证明要求,是指按照法律规定认定案件事实或者形成一定的法律关系对证明所要求达到的程度或标准。证明标准确定之后,一旦证据证明力达到此标准,待证事实就得到证明,法官或行政机关人员就可以据此认定该事实,以此作为裁判或是行政决定的依据。证明标准原本是诉讼程序中的内容,由于行政程序法律制度逐渐发展,证明标准也成为行政程序证据制度的重要内容。为了更好地探讨行政处罚程序的证明标准,本文以诉讼证据证明标准的研究作为切入点,对不同法系诉讼证据证明标准进行了对比研究,对我国现行的诉讼证据证明标准进行了归纳,接着探索了行政处罚证明标准的内涵和实践,在总结域外行政处罚证明标准的基础上,提出了我国行政处罚证明标准的指导思想,并归纳出三种行政处罚证明标准模式和适用的条件。

二、不同法系诉讼证据证明标准比较

归纳英美法系有关证明标准的代表性学说,从法官或裁决者自由心证的角度可以分为三种程度不同的证据证明标准:

一是排除一切合理怀疑(*proof beyond a reasonable doubt*)的证明标准,它是诉讼证明标准中最高的证明标准,一般被认为是刑事诉讼程序中的证明标准。英美法系的“排除合理怀疑”证明标准比较真实地反应了主客观相一致,主观对客观逐渐深入的规律。该证明标准对盖然性的要求很高,虽然不要求绝对真实,但要最大限度地避免失真并接近客观事实。所谓盖然性,是指一种可能而非必然的性质。如果检察官想要成功指控嫌疑人有罪,必须将犯罪事实证明到排除合理怀疑的程度。法官和陪审团对被告有罪的指控有任何合理的怀疑都不能判其有罪。该证明标准在美国证据法与证据理论的九等证明标准中位列第二等,第一等是绝对确定。^[1] 由于人认知能力的有限性,绝对确定证明标准无疑是对人类认知能力提出了难题,不具有现实的操作性,而排除一切合理怀疑证明标准则得到了普遍的接受和认可,是近年来专家学者最为推崇的证明标准。排除合理怀疑证明标准表面上简单,实际上是一个复杂微妙的概念,大有只可意会不可言传之意,要准确理解排除合理怀疑这一证明标准必须从历史的发展进程中把握其形成轨迹,更为重要的是对理论界和实务界的代表性观点给予关注和研究。

二是优势证明标准(*preponderance of evidence*),一般认为对普通民事案件的证明要求达到优势证明标准即可。证据优势是指某一事实证据的分量和证明力比反证更具有说服力或可靠性更高。相对于刑事诉讼证据标准来说,该标准所要求的盖然性较低。英国丹宁勋爵在1947年一起判例中对盖然性占优势是这样理解的:这种证明标准,它所具有的盖然性必须达到一种合理的程度,但不能像刑事案件要求那样高。当法庭就举证这样说:“我们认为其可能性大于不可能时”,此

[1] 刘金友:《证据法学》,中国政法大学出版社2003年版,第241页。

证明负担即可卸除,但可能与不可能之间势均力敌时,证明负担则不能卸除。^{〔2〕} 证据的分量和证明力并不是简单地叠加和累计,而是要看证据的质量。

三是明晰可信标准 (clear and convincing proof),适用于特殊的民事诉讼,像是涉及刑事犯罪的民事诉讼。美国各地法院对这一标准的民事诉讼涉及刑事犯罪时,虽然该犯罪事实与刑事诉讼的事实相同,但民事诉讼的目的不在于追究其罪而在于民事上的权利和义务,因此,不需要达到刑事犯罪的标准——排除合理怀疑,只需要达到比合理怀疑略低的明晰可信标准即可。美国使用该标准所使用的术语并不统一,除了明晰可信标准外,还有明晰可信的证据 (by clear and convincing evidence)、明晰可信并满意 (clear, convincing and satisfactory)、明晰、确切、可信 (clear, cogent and convincing)。适用该证明标准的范围通常涉及如下内容的民事诉讼: 诈欺、不当影响、生前口头契约的履行、灭失遗嘱的内容、口头契约的履行、书面协议事项的撤销或变更、因诈欺或疏忽或不合格而发生的行政行为等。

大陆法系有关证明标准的代表性学说,是以德国为代表的大陆法系国家在传统上实行典型的自由心证制度,并不存在专门的证据法典,所以对待证明标准的重要性也不如英美法系那样突出。德国证据法上的证明标准指法官形成内心确信的证据应当具备的条件:信服、释明和表面证明。

信服标准适用于法院的实体裁判,是指法官对当事人主张的案件事实完全确信,但完全信服并非是绝对的确定性,法官在依法作出裁判时没有合理怀疑的态度是信服的要求,所以当事人对主张案件事实的证明要达到一个排除合理怀疑的程度。释明标准适用于程序裁定,是指法官确信当事人主张的事实具有相当的可能性,该标准主要运用于程序性事项或主张,例如法官回避、诉讼费援助、搜送耽误、扣押、临时处置等。表面证明标准则适用于初步的认定,具体适用因民事诉讼和刑事诉讼而异。这种证明标准一般依据经验即可判断,根据结果即可判断因果关系的存在。比如,进入施工地带应该戴安全帽,如果没有戴

〔2〕 毕玉谦:《民事证据法判例实务研究》,法律出版社1999年版,第417页。

安全帽而头部受伤,人们通常会认为是因为此人未戴安全帽而受伤的。值得注意的是,不能将经验的规则和表面证明扩大至非典型性事例,这样就会破坏“信服”标准。

内心确信作为法官判断案情的证明标准其基准在于明晰度,尺度在于客观盖然性,内心确信的标准在于主观确信。明晰度即证明度,也被称之为解明度,是指证据的提出和当事人双方的辩论已达到这样的阶段:现有条件下再提出证据或进行辩论已不可能使待证事实本身达到的清晰、明白程度或状态再有所变动了。内心确信证明标准有着其深厚的历史背景和理论基础,反映了大陆法系和英美法系不同的哲学理念,是在追求客观真实的条件下,要求法官凭借理性和信念对案件事实证据作出判断,通过自己的经验和智慧对证据进行判定,坚持从证据到事实,从事实到判决的合理逻辑规律,在客观的基础上遵循逻辑法则和经验法则。

日本刑事诉讼法接受了大陆法系国家的内心确信标准,第二次世界大战后,随着英美法对日本法的影响增加,排除合理怀疑的证明标准也逐渐被日本的理论和司法实践所接受。日本有关证明标准与自由心证有着千丝万缕的关系,《日本民事诉讼法》第247条规定:法院做出判决时,应当斟酌口头辩论的全部旨意和调查证据的结果,依据自由心证判断对于事实的主张是否应认定为事实。《日本刑事诉讼法》第318条规定:证据的证明力委诸法官自由判断。从而确立了自由心证主义原则。自由判断是指法官对证据的证明力的判断不受法律约束,即意味着对法官心证的形成不施加任何形式的约束。但即使是自由的判断,并不意味着可以完全凭借主观臆断而判定案件事实,这种判断应当是以客观为基准的,最低限度的要求是必须遵循逻辑和经验上的一般法则。因此自由心证主义被称为合理的心证主义。在日本的判例和学说中可以看到几种表达方式:紧邻确实性的盖然性、排除合理怀疑以及抱有大体上心证程度证明。日本学者中岛弘道先生曾将心证划分为四个等级:第一等级为微弱的心证,也称不完全的心证;第二等级为盖然的心证;第三等级为盖然的确实心证;第四等级为必然的确实心证。^[3]

[3] 张卫平:“证明标准建构的乌托邦”,载《法学研究》2003年第4期。

其中前两种属弱式心证,后两种属强式心证。通说认为刑事诉讼中所要达到排除合理怀疑的强式心证,而在民事诉讼中认定案件事实只需达到证据优势程度即可。

西方启蒙思想家洛克在《人类悟性论》一书中,按照人类认识外界事物的可能性程度,将认识分为“道德确定”(moral certainty)、“确信”(confidence)、“相信”(belief)、“推测”(conjecture)、“揣想”(guess)、“怀疑”(doubt)、“犹豫”(wavering)、“不相信”(distrust)、“不可能”(disbelief)九种形式。有些学者对英美法系和大陆法系的证明标准进行了量化,将证明标准细分为0~100%若干个区间,当负有举证责任一方的证据证明力小于或等于50%时,其证明负担不能有效解除,还可能面对败诉的风险。归纳如下:

英美法系的证明标准更明细分类:

- (一) 绝对的确定性
- (二) 排除合理怀疑
- (三) 明晰且有说服力的标准
- (四) 证明优势标准
- (五) 可成立的理由
- (六) 合理相信
- (七) 有合理怀疑
- (八) 怀疑
- (九) 没有信息

上述九个层次的证明标准细致地用文字表述仍较为抽象,且九个层次相邻之间非常相近,不好区分,但在司法实践中依然起到了巨大的指导作用。如果用概率来区分,优势证明解释的百分比为51%:49%或者是75%:25%;合理怀疑的百分比为5%:95%至25%:75%之间。

大陆法系的学者(德国埃克罗夫、马森)将证明标准分为以下六个等级:^[4]

- (一) 0 = 完全不确定
- (二) 1% ~ 24% = 非常不确定

[4] 汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2000年版,第108页。

(三)25% ~ 49% = 不太确定

(四)51% ~ 74% = 大致确定

(五)75% ~ 99% = 非常确定

(六)100% = 完全确定

民事证明标准在具体运用时应定为第五级,为非常确定的层次,仅次于第六级的标准——完全确定,即当事人可获得的所有证据如果仍达不到75%的证明程度,法官应当认定待证事实不存在,如果达到或超过75%,则应认定待证事实的存在已获证明。很显然,大陆法系在适用“盖然性占优势”这一证明标准时,所要求达到的证明程度要高于英美法系。

三、我国诉讼证据证明标准概述

与西方发达的工业国家相比,我国的诉讼证据制度既缺乏英美法系那种严密详细的证据规则,又缺少大陆法系那些作为法官自由心证基础的细致严格的程序性规定和证据理论。我国现行的三大诉讼法对证明标准的问题并没有明确的规定,但从相关的立法条文中,可以看出我国关于证明标准的潜在思想。我国《刑事诉讼法》第162条规定:在被告人最后陈述后,审判长宣布休庭,合议庭进行评议,根据已经查明的事实、证据和有关规定,分别作出以下判决:(1)案件事实清楚,证据确实充分,依据法律认定被告人有罪的,应当作出有罪判决;(2)依据法律认定被告人无罪的,应当作出无罪判决;(3)证据不足,不能认定被告人有罪的,应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。

民事诉讼法对证明标准的规定间接体现在该法第153条的规定中:第二审法院对上诉案件,经过审理,按照下列情形,分别处理:(1)原判决认定事实清楚,适用法律正确的,判决驳回上诉,维持原判;(2)原判决适用法律错误的,依法改判;(3)原判决认定事实错误,或者原判决认定事实不清,证据不足,裁定撤销原判决,发回原审法院重审,或者查清事实改判;(4)原判决违反法定程序,可能影响案件正确判决的裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审。

行政诉讼法同民事诉讼法一样,也是通过间接方式体现在《行政诉

讼法》第 61 条中:人民法院审理上诉案件,按照下列情形,分别处理:(1)原判决认定事实清楚,适用法律正确的,判决驳回上诉,维持原判;(2)原判决认定事实清楚,适用法律、法规错误的,依法改判;(3)原判决认定事实不清,证据不足,或者由于违反法定程序,可能影响案件正确判决的,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审,也可以查清事实后改判。当事人对重审案件的判决、裁定,可以上诉。

从三大诉讼法对证明标准的规定中我们可以看出,我国刑事诉讼法、民事诉讼法以及行政诉讼法的证明标准是统一的,但又是笼统、含糊的。即案件事实清楚,证据确实充分。这是我国证明标准的最大特点:实行“一元制”的证明标准,同时也是我国证明标准的最大缺陷。所谓“一元制”证明标准就是在证据所要达到的证明标准上实行同样的、无差别的“案件事实清楚,证据确实充分”标准。实行“一元制”的证明标准,说明对诉讼中案件事实所要求达到的心证程度是一致的,且有很高的要求。虽然统一化的高标准出发点是好的,但是其设定的合理性需要进一步探讨。事实上,学界已经开始渐渐形成了证据证明标准“多元制”的共识,并且对这种“一元制”的标准提出了质疑。司法实践中,也早已突破“一元制”标准的界限,“多元制”的证明标准在个案中已经逐渐确立。最高人民法院于 2002 年颁布的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)第 73 条第 1 款首次对我国民事诉讼证明标准作出了正面规定:“双方当事人对同一事实分别举出相反的证据,但都没有足够的依据否定对方证据的,人民法院应当结合案件情况,判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力,并对证明力较大的证据予以确认。”依照最高法院时任大法官的解释,该条规定在我国民事诉讼中正式确立了高度盖然性的证明标准。否定“一元制”的证明标准,实行“多元制”的证明标准是符合司法实践的,也是今后我国诉讼法制度的改革目标和方向。

如上所述,不同的法系国家对于证据证明标准有不同的理解和认识,但作为人类探索真理和认识真理的活动,相互之间有共同的地方,对于发达的法治国家经过长期探索总结出来的文明成果,我们都可以借鉴和利用。只要在法律的基本框架内,我们都可以尝试适用并在实践中加以总结归纳。由于纠纷的性质不同,对案件事实的证明程度也应该有所

区别,适用不同的证明标准。大多数观点认为,在刑事诉讼中,所要求的证明标准最高,要求超越合理怀疑而达到确信。刑事案件涉及公民的基本权利和政治权利,甚至涉及公民的生命,关系重大,所以适用于高标准的证明标准有利于保护公民的权利;民事案件的性质不如刑事案件那么严重,即使出现了错误,也比较容易纠正,所以民事案件的证明标准可以比刑事案件的证明标准低一些,认定案件事实只需要达到证据优势程度即可;行政案件牵涉公共利益,其证明标准应当位于民事案件和刑事案件的证明标准之间,比民事诉讼标准高且比刑事诉讼证明标准低。此外,刑事诉讼实行国家追诉原则,凡是符合条件的刑事案件,审查机关必须起诉。民事案件是否起诉取决于当事人的意志,在审判过程中,还可以调解,和解或者撤诉。行政诉讼在诉讼过程中不允许对当事人进行调解,所以对于案件事实要求有一定的确定性。

根据学者们的探索研究成果和司法实践的经验,归纳出我国诉讼“多元制”的证明标准如下:

第一,排除合理怀疑的证明标准,适用于刑事诉讼。在行政诉讼案件涉及限制人身自由,劳动教养,以及对于当事人巨额罚款等措施,由于涉及对当事人的权益损益非常之大,也应适用该证据证明标准。另外,对于民事诈欺、生前口头契约内容争议、灭失遗嘱的内容、口头契约的履行、书面协议事项的撤销或变更等民事纠纷,因为证明事实的证据非常有限,也应适用该证明标准。

第二,优势证据证明标准,也称为盖然性证据证明标准,适用于民事诉讼案件。在行政诉讼案件中,对于当事人权益影响较少的确权案件、即时性处罚案件等,为了节省行政资源和提高行政效率,也适用优势证据证明标准。

第三,清楚的、具有说服力的证明标准,也称为明显优势证据证明标准,适用于一般的行政诉讼案件。对于不服证监会处罚委员会行政处罚提起的行政诉讼案件,由于行政调查手段有限,取证难度较大,如果适用排除合理怀疑的证明标准,则会对证监会的稽查取证工作提出极高的证明要求,相当数量的案件消耗了大量的行政资源后未必能达到排除合理怀疑的程度,证券执法部门对很多违法行为的调查将进行不下去,即便勉强作出行政处罚决定,很多案件将会面临败诉的风险。如此一来,我

们“两保护一促进”的使命将无法完成。所以,证券案件应采取清楚的、具有说服力的证明标准。

四、行政处罚证明标准的定义和实践

我国的行政诉讼法和行政复议法都已经确立了“行政有证在先原则”,明确了行政机关对其具体行政行为所负有的举证责任,实施行政处罚必须以事实为依据。因此,行政机关在作出行政处罚决定前要调查、收集、评价、分析证据,并且根据证据对待证事实作出最终的法律认定。这里的法律认定,是由行政处罚证据证明标准决定的。虽然我们在实际的行政处罚程序以及相关的复议诉讼等救济程序中确实遵循着一定的“证明标准”,来甄别、取舍证据,但在目前,我国在行政处罚领域内并没有建立起一套系统完善的行政处罚证明标准。一些行政处罚案件分歧很大,有些久拖未决,很大程度是由于证明标准不统一、立场不一致造成的。证明标准问题已经很大程度上影响到行政机关尤其是证监会的执法公信力。

行政处罚证明标准应当是以法律形式规范行政处罚证明行为的标准,是行政机关和当事人在行政处罚程序中调查、收集和确认证据所必须遵守的准则。我国《行政处罚法》第四条第二款规定,设定和实施行政处罚应当以事实为根据,与违法行为的事实、性质、情节和社会危害程度相当。该法第三十条规定,依法应当给予行政处罚的,行政机关必须查明事实;违法事实不清的,不得给予行政处罚。据此,有学者认为我国行政处罚法是以事实为根据的,体现的证明标准是客观真实原则,这实际上混淆了证明标准与事实审查标准的关系。上述行政处罚法中定义的“事实”,是指行政机关执法人员根据已查获的证据判断行为人实施的行为是否构成行政违法的“事实”,并不是指真实客观存在过的事实,而是依据行政处罚证据规则所确定的、经过法律推演出来的,并为法律所认可的“事实”。对于该“事实”清楚与否的判断,就是行政处罚的证明标准。

目前,我国“一元制”的证明标准不仅体现在诉讼中,而且也体现在

行政处罚程序中。对于证明标准是客观真实原则的认识是建立在原始朴素正义追求的基础之上,它期望法律的认定能够切实地符合事实情况,期望对所有待证事实的法律评价与其应当受到的评价相一致。但是,朴素的正义追求在法律实践中很难实现,尤其是在类似于行政处罚这样的执法实践中。行政处罚程序中大多数的待证事实都是业已发生并完成,其存在与否以及具体的情况如何在大多数案件中无法恢复再现,我们所能做的就是收集证据使大多数人能够确信该违法事实曾经真实地存在过。此外,事实清楚也是一个很模糊的概念,何谓“事实清楚”呢?是对违法事实的全部情节清楚,还是对主要情节清楚?例如,我们查处的内幕交易案件中,知情人与内幕信息获取者在敏感期内多次通话,获取者的账户交易明显异常,我们可以推断他们通话的内容,但没有确凿的电话录音证据,此时,“事实清楚”的条件是否满足?我们可否对他们作出行政处罚呢?可见,“事实清楚”这一概念并不十分清晰,理想化追求表现出的结果缺少明确性和实践操作性。

行政处罚的证明标准,应当是建立在法律正义的理论基础之上的,并且应当在实践中表现得具体、明确,具有可操作性。从这种角度讲,很难说我国的现行立法中确立了行政处罚证据证明标准,至少是没有一个科学、明确的证明标准。因此,在执法实践中,行政机关在认定案件事实时享受较大的自由裁量权,在每一个行政处罚案件中,怎样才是事实清楚、证据充分确实,完全是由行政机关决定。行政机关作出处罚决定的依据是执法人员的认识所形成的“内心确信”,行政机关在心证时享有较大的自由,而现代意义的自由心证不让执法者依照个人情感及认识去自由擅断,而是与其他相关的法律制度相辅相成。在行政处罚中,心证是存在的,也是不可避免的,但法律必须形成一系列的规则来规范心证,否则,由于没有规则引导“内心确信”,结果必然出现相似的案件不同的处罚结果,从而影响行政处罚的公信力。进一步明确执法标准,包括立案的标准,减少自由裁量的空间,针对同一情形同样对待,这也是公正的内涵。^[5] 依照行政处罚公开性的要求,行政机关有权作出行政处罚决定的人员,对于证据认定中的心证过程必须公开,随着人权保障观念的

[5] 摘自中国证券监督管理委员会肖钢主席在2013年6月17日的讲话。

深入,合法程序和正当程序逐渐被认同,作为心证规则的证明标准应当得到更多重视和研究。我国的行政处罚证明标准可以借鉴上述诉讼程序中证明标准的分类,构建出一套符合行政执法程序客观要求的证明标准,在行政处罚程序中根据不同的情况分别适用。

五、域外行政处罚证明标准介绍

不同的法治历史传统导致行政权与司法权力配置的不同。在德国等大陆法系国家,行政处罚程序严格意义上是准司法性质的程序,带有浓厚的刑事诉讼痕迹,一旦受处罚人提出异议,案件将移送司法机关,由司法机关按照刑事诉讼程序做出裁决。日本与德国类似。在英美法系的国家和地区,由于其行政权没有那么强大,行政处罚必须通过法院以民事诉讼程序的方式作出,较轻微的处罚由行政机关直接作出,同时有行政和解制度。对于行政处罚机构,英国在2001年设立金融裁判所,与FSA(Finace Service Athority)同时运作,视情形维持FSA的初始裁决,要求FSA不采取初始裁决中的惩罚措施,或者要求FSA在某种程度上变通初始裁决中的惩罚措施。英国的金融裁判所作出的裁决与地方法院作出的裁决具有同等的法律效力,如果当事人有异议,可以经批准后向上诉法院上诉,“批准”来自于金融裁判所本身和上诉法院。澳大利亚、香港的情况与英国类似。

而美国的情况又大不一样。美国证券交易委员会(Securities and Exchange Commission,SEC)同时享有立法权、行政权和部分司法权,其不隶属任何部门,不受政党政治影响,但要和行政机关一样受到国会和法院监督。SEC最具特色,也是最受公众称赞的结构是法律授予其享有部分司法权,允许其内设行政法官(Administrative Law Judge),通过行政审裁程序(Administrative Proceeding)主持审理违法违规案件并制裁当事人。SEC的行政法官由隶属于国会的行政法官人事管理办公室(OPM)负责选拔和任命,其职权范围由法律授权规定。对于行政法官作出的裁决有异议的,当事人可以向联邦法院提起司法审查程序。但基于SEC的专业性,对于SEC的裁决法院一般都持司法克制态度,尽可能

维护 SEC 的权威,推翻 SEC 裁决的情况极少。

通过以上分析可以得出结论,英国、澳大利亚、香港等英联邦国家的行政处罚证明标准偏向保守,接近或者等同于行政诉讼程序中的证明标准。美国关注行政效率性价值而适当降低行政机关的证明责任标准,同时又考虑到裁决能经受司法审查而应具有的合法性和合理性。

根据美国行政程序法的规定,美国法院对行政机关依职权作出的行政行为所涉及的法律问题和事实问题采取不同的审查标准。一般而言,法院对法律问题进行严格、全面的审查,法院可以以自己的判断代替行政机关的判断;对于事实问题则只进行较为宽松的审查,往往对行政机关的事实认定采取尊重态度,“即使法院不同意行政机关的判断,至少也必须尊重行政机关的权限。”〔6〕从美国联邦行政程序法的规定来看,美国法院对行政机关的事实认定司法审查采用了三个标准:一是实质性审查证据标准,适用于行政机关依正式听证程序作出裁决的事实问题,因为正式听证程序类似于司法程序,适用案卷排他性原则,此时司法审查等同于行政程序的上诉审,法院只须审查听证案卷,如果行政裁决具有合理的正当的证据支持,法院即应予以支持,该审查标准类似于民事诉讼中的优势证据标准。二是专横、任性、滥用自由裁量权审查标准,适用于依非正式程序作出的行政决定以及行使自由裁量权作出的行为,司法审查重点是行政机关的推理过程和行政纪录。与实质性审查证据标准相类似,法院只要求行政机关对事实认定的相关证据必须是一个有正常理性的人(reasonable mind)可以接受并能充分证实其结论的证据。该标准与实质性证据标准实际上都是合理性标准,区别在于适用的行政行为程序不同以及合理性程度不同。自从美国最高法院 1971 年在奥弗顿公园案中要求审查非正式程序行政行为亦应根据行政记录以来,两种标准趋于统一。从本质上讲,适用专横、任性、滥用自由裁量权标准,主要是针对行政程序对事实的裁定进行的审查(行为审查),如审查行政机关在事实认定中是否有不正当的目的、忽视了相关的因素、不遵守自己的先例和诺言、不合理的迟延,等等。实质性证据标准则侧重于对行政行为是否有合理的证据支持(证据审查),注重对证据进行质和量的审

〔6〕 王名扬:《美国行政法》(下),中国法制出版社 1995 年版,第 685 页。

查。三是重新审理标准。法院如果发现行政行为缺乏合理的证据支持达到一定程度,或涉及宪法性事实等情况,必须由法院对事实进行重新审查,而不仅限于复查行政程序认定的事实。该标准的适用范围很窄,因为它是对行政权的直接替代。

美国行政程序法充分体现了承认和尊重行政机关的“初审管辖权”和尽可能维护行政决定原则。在部分技术领域还规定了行政机关的独占判断权,司法对于行政机关在该领域的事实认定完全尊重。由于美国 SEC 行政处罚程序的准司法性质,可以说 SEC 中的行政处罚机构集行政和司法于一身,使美国的行政处罚证明标准有其独特的特征,体现的是效率优先,同时适当兼顾了社会公平,重点在于对投资者和社会公共利益的保护。被处罚对象要挑战 SEC 的权威不是不可能,而是相当有难度,要付出高昂的成本代价。

六、我国行政处罚证明标准的指导思想

我国对于行政处罚证明标准是有原则性规定的,但很模糊,建立在朴素正义追求基础之上的“一元制”证明标准,不仅理论上含糊不清,实践执行过程中也容易发生歧义。学术界对行政处罚程序中的证明标准问题研究不多,一些学者提出“二元制”或“多元制”的证明标准,但也是一些笼统的理论原则,针对性不强。尤其针对我们证券市场监督管理行政处罚的证明标准,更是凤毛麟角。作为标准和尺度,证明标准在总体上是模糊的,因为标准问题是一个认识论问题,而认识是人对客观世界的主观反映。这种反映不是机械地记录信息,而是通过人大脑的加工,有所差别甚至是千差万别的反映出来,对客观反映的差别性是由每个个体知识储备、教育背景、生活经历,以及意识的差异造成的。承认证明标准的模糊性是一个理论的前提,至于坚持客观真实还是法律真实,这里不展开讨论,因为往往涉及认识论等哲学问题。我们行政部门要完成法律规定的职责,要对违法行为及时进行查处,要解决处罚证据证明必须达到什么程度才能被认为是真实,处罚程序证明才能停止的问题。解决这个问题的前提是如何构建我国行政处罚证明标准的指导思想。根据

目前我国证券市场发展迅速,法律规则滞后,存在大量违法行为未能得到及时处罚的现实,建议构建我国行政处罚证明标准时应遵循以下四个原则:

第一,证明标准要体现效率优先、兼顾公正原则。纵观我国的政体、国体,行政权相对于立法权和司法权来说是比较强大的,但行政权强大是指行政机关对全社会资源的支配权、使用权比较强,并不代表着行政机关对于违法行为的调查、处罚力度强、效率高。相反,在一些领域里,比如在我们熟悉的证券市场中,行政机关对于违法行为的调查、处罚力度就不能说是完全适应了社会发展的需要,尤其是对于保护投资者权益方面,离充分保护的要求还有相当大的距离。当然,有许多客观原因,比如,人员配备不足,编制不够等,但这些都不应成为行政处罚效率滞后的正当理由。公正原则是行政法的另一个基本价值,在行政处罚证据规则缺失的情况下,对公正价值的片面追求往往阻碍了行政效率价值的实现。为了追求人们理想中的公正,行政机关在部分案件中适用了极其严格的证明标准,甚至参考刑事证据证明标准来判断行政处罚案件中违法事实是否存在,而忽略了效率价值在行政处罚案件中的地位。显然,行政处罚案件和刑事案件对于效率价值和正义价值追求的程度是不一样的。首先,行政权是基于社会管理的目的由公民依据社会契约而设立产生,要达到管理社会的目的,必须要充分合理且最大效率地运用行政资源,以保障国家管理机器尽可能全面、规范地运转,实现社会管理利益最大化。其次,行政处罚并不能直接导致对违法行为人生命、健康的损害与剥夺,甚至在大多数行政处罚案件中也不涉及相对人的人身自由权利。行政处罚所能触及的相对人的权利相对于那些来自于自然的基本权利而言,并不是那么的不可触碰。而且即便是错误地损害了这些权利,运用救济手段也可以在很大程度上予以挽回和弥补。再者,我们所追求的公正,只不过是依照一定规则所推演出来的可能的公正而已,即便是运用现有认识范围内最严格的证据规则推演出来的事实,也只不过是一个最有可能接近公正的假设罢了。而越接近公正,我们所需要消耗的公共资源也就越多。

在目前的状态下,主要矛盾是如何提高办案速度,加快处罚效率。对于被处罚主体的合法权益保护也应兼顾,但在案件的调查取证阶段,

办案人员在考虑证据的取舍,对违法事实的认定时更应考虑效率问题。也就是说,对于一些证明难度很大的违法事实,可以适当降低证明标准。当然,也不是违法取证,违法办案,要坚持证据的“三性原则”,在法律原则的框架内优先考虑效率。

第二,可操作性原则。也就是说,我们确定的证据证明标准是可操作的,可以被广大执法人员所理解和执行的,而不是理论性很强,模棱两可,似是而非。法律的生命在于实施执行而不在于他的内容多么丰富华丽,结构多么严谨。

第三,区别对待原则。所谓区别对待就是针对不同的具体行政行为适用不同的证明标准,不能一概而论。例如,对于当场的违法行为予以行政处罚与事后调查取证认定的违法行为予以行政处罚就应区别对待,适用不同的证明标准。对于涉及当事人人身自由,重大财产利益的行政处罚与一般轻微的违法行为予以处罚区别对待。

第四,经得起司法审查原则。作为对于具体行政行为的正确与否有最后话语权的司法审查,是对我们行政执法合法性、合理性的检验,也是行政行为发生法律效力的一道关卡,必须要顺利通过。但这点说起来容易做起来难。要达到目的,有两个基本条件:一是坚持程序正义,切实落实依法办案的程序措施;二是出于公心、认真负责。行政诉讼对事实的证明标准与行政机关的证明标准是一样的,法官是法律适用的专家和权威,而我们行政机关执法人员应该是对证据、事实认定的专家和权威。只要行政机关执法人员依法办事,程序公正,没有私心,就一定能获得司法审查的支持和肯定。

七、行政处罚程序中对证明标准的选择

行政处罚行为在行政程序中是典型的损益性行为,为相对人设定义务或剥夺、限制其权益,又称负担性行政行为,与其他具体行政行为有着很大的差别。行政处罚种类繁多,证据复杂。根据《行政处罚法》第八条的规定,行政处罚的种类主要有:人身罚、财产罚、行为罚和申诫罚。人身罚有三种方式:行政拘留,劳动教养,驱逐出境、禁止进境或者出境、

限期出境。财产罚的方式主要是罚款和没收;申诫罚主要是警告和通报批评;行为罚主要包括责令停产停业和暂扣或者吊销许可证、执照。还有一些行政监管措施,像我会在“山西天能科技有限公司财务造假行政处罚案”中责令保荐机构“整改六个月”,严格意义上不属于行政处罚,但其后果可能比轻微的行政处罚严重。行政处罚应根据行政行为相对方违法行为的性质与程度,适用不同的处罚种类,并按照不同处罚种类来合理确定以下三种不同的证明标准:

第一种情况,适用于排除合理怀疑的证明标准。排除合理怀疑标准比较接近刑事诉讼证明标准,所谓“怀疑”是一种两可或多可的意识状态,具有正常理智的人,一般的人在选择其中之一时,不能就排除其他种的可能性和可行性。“合理”是指怀疑不能出于臆想而是有理由的怀疑。《布莱克法律词典》解释为,所谓排除合理怀疑是指全面的证实、完全的确信或者一种道德上的确定性;这一词汇与“清楚”、“准确”、“无可置疑”这些词相当。排除合理怀疑的证明,并不排除轻微的可能或者想象的怀疑,是排除每一个合理的假设,除非这种假设已经有了根据,它是达到道德上确信的证明。要让作出行政决定的人员排除每一个合理怀疑达到内心确信需要有充分证明的证据,而且证据之间形成了完整的证据链条、相互印证而无矛盾。但在大多数情况下行政机关收集到的证据达不到充分证明的程度,或是证据之间不能相互印证,在行政处罚程序中要排除每一个合理怀疑,将会消耗大量的公共资源,严重妨碍行政处罚效率,所以在适用排除合理怀疑的证明标准时有一个限制性条件,即必须是对行政相对人的人身或财产权益有重大影响。这种证明标准应当主要适用在非当场性行政处罚的情况,特别是限制人身自由的处罚。在这类非当场性处罚的行政程序中,作出行政决定的人一般是行政机关负责人或是听证主持人,而非直接参与调查的人员或发现违法事实的人员。值得注意的是,行政处罚中的排除合理怀疑标准与我国刑事诉讼证明制度的排除合理怀疑证明标准并不是等同的,行政处罚不同于刑事处罚,其行政性质决定了行政机关工作人员在进行行政处罚时,必须要符合行政效率原则的要求,因此行政处罚中的排除合理怀疑证明标准总体说来要低于刑事诉讼中的证明标准,这是由于两者在法律保护公民的合法权益的种类、举证责任的设置、法院在诉讼中对证据的收集和调查,对

言辞证据的态度不同而决定的。

第二种情况,适用清楚的、具有说服力的证明标准,也称为高度盖然性标准。高度盖然性从事物发展的高度概率中推定案情,评定证据,它以确认的事实联系其他合理考虑为前提,是我们在对证据和案件事实的认识达不到逻辑必然性条件下不得不使用的手段。对比诉讼证据证明标准的百分比表述,高度盖然性用概率表达出来是介于75%~99%之间,高于优势证明标准而低于排除合理怀疑证明标准,可以为一般的行政处罚证明标准所借鉴和吸收。该标准主要适用于可以申请听证的情况,如吊销许可证、营业执照和较大数额的罚款等行政处罚。确认行政权利和义务,事关公共利益,既要符合行政效率性要求又要防止行政机关滥用职权侵犯相对人权利。所以,对于不涉及行政相对人的人身或财产权益有重大影响的行政处罚,认定违法事实的证据只需达到清楚的、具有说服力的证明标准就可以了,进一步的证明要求将是对公共资源的不负责消耗,违背行政处罚的效率原则。另外,如果证据达不到高度盖然性标准就对行政行为相对方作出处罚,可能会对行政相对方的合法权益造成不正当的损害。

第三种情况,适用排除滥用职权标准。该标准属于相对较低的证明标准,对于轻微的行政违法行为,确定该标准能够较好地保障行政机关正确认定案件事实,提高行政执法效率。该标准是针对当场性行政处罚的特点和行政法的基本原则所提出的一个标准。^[7]即行政机关只要能够证明自己在行政执法过程中对案件事实的认定没有滥用职权即可。也就是说,在行政处罚行为被诉后或是被提起行政复议后,行政机关自然应该有确定充分的证据对其行为的合法性加以证明,而行政机关适用简易程序作出的行政行为由于各方面的限制,不可能事无巨细地占有证据,因此在此类行政诉讼或是行政复议中,行政机关只要提出自己没有滥用职权即可维持其行政行为。由于当场性行政处罚针对的是较为轻微的行政违法行为,行政处罚对当事人的利益影响不大,如果行政执法人员花费大量精力去收集证据,不仅对行政执法的成本提出了难题,也不符合行政效率优先原则。这就是“在执法官面前犯法,毋须证据证

[7] 徐继敏:《行政证据通论》,中国政法大学出版社2004年版,第49页。

明”的由来。对于此类轻微的违法行为进行行政处罚,如被处罚方提起行政诉讼,执法人员只要证明没有滥用职权,司法审查法官就应当维持行政处罚决定,而不应设置更高的证明标准。当然,司法审查对行政处罚证明标准的态度,也有一个逐步理解和认同的过程。美国法院在司法审查中形成了一些有影响力的行政证据规则,如“决定者须听证”、“法院尊重行政机关对事实的认定”以及“案卷排他原则”等也是在行政机关与司法机关互动中不断完善和发展起来的。

八、结论

证据是司法和行政执法活动的基石,证明标准是证据制度的灵魂,证明标准不但涉及法学、哲学、逻辑学、心理学,而且是被每一个执法者和裁判者所直接运用的实践问题。不同的法域根据各自不同的历史和法律文化传统,发展出各具特色的证明标准。我国法律规定的“一元制”证明标准已经不能适应司法实践和行政执法的发展要求,“多元制”的证明标准已为行政处罚程序和司法实践所逐步吸收和认同。行政处罚的证明标准应当建立在法律正义的理论基础之上,并且在实践中具体、明确,可操作性强。构建我国行政处罚证明标准须坚持效率优先、兼顾公平原则并经得起司法审查。在行政处罚程序中应针对不同的执法阶段、不同的违法行为性质而采取不同的证明标准,以使行政处罚程序最大可能地实现国家行政管理目标。