

2005年·第3辑
(总第24辑)

黄河口司法

JUDICATURE OF HUANGHEKOU

王少南 主编

中国石油大学出版社
人民法院出版社

黄河口司法

2005 年·第 3 辑
(总第 24 辑)

王少南 主编

中国石油大学出版社
人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

黄河口司法. 2005 年. 第 3 辑/王少南主编. —东营: 中国石油大学出版社, 2005. 11

ISBN 7-5636-2135-0

I. 黄... II. 王... III. 司法—工作—研究—东营市
IV. D927.523.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 133194 号

书 名: 黄河口司法 2005 年·第 3 辑(总第 24 辑)

作 者: 王少南 主编

责任编辑: 周洁韶

封面设计: 王凌波

出 版 者: 中国石油大学出版社、人民法院出版社

网 址: <http://hdpu.edu.cn>

电子信箱: upcpres@mail.hdpu.edu.cn

排 版 者: 中国石油大学出版社排版中心排版

印 刷 者: 山东东营新华印刷厂

发 行 者: 中国石油大学出版社(电话 0546-8391797)

开 本: 170×225 印张: 24.625 字数: 425 千字

版 次: 2005 年 11 月第 1 版第 1 次印刷

印 数: 1-2000 册

定 价: 40.00 元

《黄河口司法》征稿启示

《黄河口司法》是山东省东营市中级人民法院 2001 年 4 月创办,由山东省东营市中级人民法院院长王少南担任主编,由江平、陈光中、朱苏力、梁慧星等 40 名法学专家担任顾问指导专家,由中国石油大学出版社、人民法院出版社联合出版的应用法学研究丛书。每年出版 4~6 辑,全国公开发行。

《黄河口司法》坚持正确的办刊方向,以应用法学研究为基本宗旨,立足基层法院的审判工作,重点研究当前审判领域的实务问题,服务大局、服务审判。坚持专业性与地域性相结合的特点,形成了法官撰稿编辑的出版特色。目前设有“卷首语”、“司法大讲坛”、“名人访谈”、“调查与思考”、“黄河口论剑”、“法院管理”、“法学论坛”、“法律适用”、“来稿撷英”、“案例解析”、“裁判文书”、“法院文化”、“域外采风”、“案件纪实”、“法官手记”、“书评”、“黄河口风景”、“司法资讯”、“编者与读者”等栏目。

为了进一步加强对当前司法领域的重点、难点、疑点问题的深入研究,提高丛书质量,更好地服务审判一线,欢迎广大法官及其他法律工作者踊跃投稿。征稿事宜说明如下:

一、稿件内容:

稿件应立足于应用法学研究,尤其要以研究当前司法领域和基层法院审判工作为重点,具有法官及其他法律工作者的作品特色。内容对栏目要有针对性,要注意针对“调查与思考”、“法院管理”、“法学论坛”、“法律适用”、“案例解析”、“裁判文书”、“法院文化”、“法官手记”、“黄河口风景”、“域外采风”、“案件纪实”、“书评”等栏目投稿;尤其是,我们将重点选用适合“法律适用”、“案例解析”、“法院文化”、“法官手记”、“法院管理”、“法学论坛”、“调查与思考”等栏目的稿件。

二、来稿要求和注意事项:

1. 来稿要求主题明确,观点新颖,结构严谨,数据可靠,文字简练,文责自负。文稿包括图、表,一般不超过 5000 字,最多不超过 8000 字。

2. 来稿请按照《中国学术期刊(光盘版)检索与评价数据规范》(即 CAJ~CD B/T 1~1999)的标准格式撰写。正文前应列有 200 字左右的内容摘要和 3~5 个关键词,注与释分开排版,使用文献类型标识,提供作者简介(首页下注),其内容包括作者姓名、出生年月、性别、民族(汉族可省)、籍贯、工作单位、职称、学位、简历及研究方向。

3. 计量单位一律采用我国法定单位。请依照《中华人民共和国国家标准〈出版物上数字用法的规定〉》和《中华人民共和国法定计量单位》的规定执行,如文章引用法条等均须用阿拉伯数字。

4. 文章题目,作者姓名、单位、地址、邮码、电话、电子信箱,另附于文首,以便于联系。

5. 一稿不得多投。来稿发编辑部电子邮箱,并邮寄提供打印稿 2 份。来稿若被采用,编辑部将在收稿 3 个月内通知作者。来稿恕不退稿,请作者自留底稿。来稿一经采用,将赠送该辑丛书 2 本。

《黄河口司法》编辑部通联方式,见封底勒口说明。

《黄河口司法》

顾问指导专家名单

顾 问 (以姓氏笔划为序)

江 平	朱苏力	陈卫东	陈光中	陈兴良
吴汉东	杨立新	杨运忠	杨润时	巫昌祯
张卫平	张伯里	张志铭	肖金明	周道鸾
郑成思	郎 胜	贺卫方	徐显明	曹三明
樊崇义	梁慧星			

指导专家 (以姓氏笔划为序)

马 东	马新华	王 磊	王 轶	毕玉谦
孙德祯	曲三强	刘宪义	刘剑文	陈瑞华
李方民	吴 兢	吴锦标	武树臣	党建军
蒋惠岭	潘剑峰	缪恩庆		

卷首语

以深化改革为动力，全面提升司法公信力

王少南

随着人民法院第二个五年改革纲要的颁布实施，法院改革步入快车道，必然涉及到法院工作的一些热点和难点问题。从某种意义上说，法院改革处于攻坚时期，要抓住机遇，深化改革措施，全面提升司法公信力。

——在审判工作的宏观指导思路上，要认清转型期人民内部矛盾的特点和审判规律，确立运用法律手段和其他手段，化解社会对抗性矛盾，解决当前人民法院面临的“人民群众对司法的需求与司法功能相对滞后”的基本问题。在具体措施的运行上：要通过繁简分流，探索建立多元化调处矛盾纠纷的机制；建立完善重大、敏感、群体性案件，依靠党委、政府和有关部门协调解决的机制；建立涉诉信访齐抓共管机制，合力解决影响稳定的各类问题。

——在审判方式改革方面，要围绕着“公开、公平、公正、公信”的要求，继续强化庭前、庭中、庭后调解工作，把调解作为民商事案件处理的一种优先选择；注重做好诉前保全工作，提高保全的办理质量；按照诉讼经济的原则，推广速裁庭的做法，即收即调即判即结，为当事人打官司开辟绿色通道；提高当庭裁判率，加强法律文书说理的份量和公开性。

——在审判组织的改革方面，要理顺关系、职责到位，做到有所为有所不为。首先要优化审委会结构和运作程序，把审判委员会建成高效率、有权威的专门班子。在人员组成上提倡专业性，淡化“官”本位；在工作运行上，提高公开性、程序性，重点逐步转向加强审判宏观管理；其次要进一步明确院长、副院长、庭长审判管理职责，尊重合议庭的权限和意见；再次是引导合议庭、独任法官，正确处理好依法行使自由裁量权和接受审判监督的关系，统一执法尺度，提高裁判质量。

——在审判监督方面，要按照权力制衡的原理，建立内外结合、立体监督的有效机制。内部要完善审判质量指标体系，通过对审判运行的基础性指标和分析性指标的测控，及时采取应对措施；改进对基层法院审判工作的监督评价

办法，把定性定量有机结合；强化对审判法官的个体考量，培养专家型法官。外部要优化执法监督环境，加大正面宣传力度，使社会更理解、支持法院审判工作。

——在执行工作管理体制方面，要积极稳妥地推进“统一协调、统一管理、统一指挥”管理体制，实现管案、管事、管人与责任制、考核制、追究制相统一。在案件管理上，通过执行系统管理软件，对全市法院执行案件的提级、指定管辖、保全、强制措施等实行审批、备案制；在工作管理上，通过例会、培训、考察、监督等严密的工作程序和管理制度，减少随意性；在人员管理上，通过相对集中管理，统一考核奖惩，强化职业道德、职业纪律、职业素质，建设过硬的执行队伍。

目 录

目 录

司法大讲坛

证明责任论

——兼论“谁主张,谁举证” 张卫平 (1)

英国刑事审判制度简介

——维护个人权利 布莱恩·巴克 (26)

发展对抗原则:一些关键问题 克里斯托弗·盖恩 (40)

名人访谈

陈卫东教授访谈录 (49)

樊崇义教授访谈录 (61)

黄河口论剑

论行政诉讼中行政机关法定代表人出庭应诉问题 (68)

如何搞好民商事审判工作的监督与指导 (98)

调查与思考

德、中刑事司法制度的比较考察报告 李胜昌 (121)

英国刑事司法制度的考察报告 张明磊 (132)

东营法院破产案件的调研报告 焦 伟 董庆忠 (143)

法院管理

科技是践行“公正与效率”的第一生产力

——东营市中级人民法院建设科技审判法庭透视

..... 董振河 李强文 (151)

规范法院管理 提高司法能力 裴秀峰 (156)

加强法院工会工作 促进法官职业道德建设 张承文 杨兴山 (163)

法警文化之架构 王维新 (168)

目 录

法学论坛

- 论发起人“损害赔偿责任” 张钦润 张江涛 (173)
- 论债权人的撤销权 杨宪银 (180)
- 雇主赔偿责任案件审判实务研究 刘蓬涛 (189)
- 对我国不动产登记制度的立法构想 于海燕 (198)
- 论证据展示的双向不对等原则 罗 莹 张丰乐 (213)
- 论民事诉讼中督促程序的存废 何 燕 高向东 (221)
- 论行政特许行为 苏宁雪 (229)
- 司法公正与法官职业道德的内涵 穆丽霞 (236)

法律适用

- 完善我国行政诉讼制度的若干思考 金俊银 (241)
- 案卷外证据排除规则的理论及运用 蔡小雪 (256)
- 专利行政案件审理中的几个问题 闫 东 孔祥慧 (266)
- 建立行政调解制度的设想 吕汉庆 (273)
- 农村村民建房用地行政案件的法律适用 赵立波 (284)
- 审理行政赔偿案件的几个问题探析 张晓丽 (291)
- 论行政诉讼证明标准 程德刚 (295)

案例分析

- 保证责任保险人的追偿权及担保权如何实现 侯政德 (301)
- 录音制品网络传播权的法律保护 闫春光 (306)
- 行政机关订立与解除行政合同不应规避行政处罚职权的行使
..... 任少华 栾秀芳 (312)
- 如何确认诉的同一性 纪红广 (315)
- 执行夫妻共同财产中的为与不为 蒋 萍 李贯英 (320)
- 浅析抵押房地产案件的执行 刘小勇 (326)

裁判文书

- 被告人张建忠抢劫案
判决书 徐 峰 (331)

目 录

点评	周道鸾 (336)
宋光芹与交通运输有限责任公司客车经营合同纠纷案	
判决书	魏大阳 (339)
点评	周道鸾 (344)
天锦华棉油有限责任公司不服利津县人民政府行政复议决定案	
判决书	宋继业 (346)
点评	周道鸾 (352)
司法统计	
财产刑的判处及执行情况分析	桑爱红 (356)
黄河口风景	
仗剑惩恶护正义 扶犁播法为明天	
——记东营中院首届刑事类专业人才张志刚法官	(366)
实习散记	
——我在东营中院的所感所获	郑露丹 (371)
沁园春·黄河入海口	张振文 (375)
案件纪实	
疯狂的代价	
——张东亮、张建建持枪抢劫杀人案审理纪实	宋国蕾 (376)

CONTENTS

Rostrum of the Justice

- On the Burden of Proof
——Concurrently on “who advocates that, who presents evidence”
..... Zhang Weiping (1)
- The Synopsis of British Criminal Activity Judicial System Defends the Individual
Right Brain Barker (26)
- Development of the Adversary Principle
——Some Key Questions Christopher Gane (40)

Visiting the Celebrities

- Interview Transcription of Professor Chen Weidong (49)
- Interview Transcription of Professor Fan Chongyi (61)

Huanghekou Forum

- On the Legal Representatives of the Administrative Organs Appear in Court to
Answer a Charge (68)
- How Does Well Surveillance and Instruction of the Trading Trials (98)

Investigation and Consideration

- The Inspection Report on the Comparison of German and China's criminal activity
legal system Li Shengchang (121)
- The Inspection Report on the criminal activity legal system of England
..... Zhang Minglei (132)
- The Investigation and Study Report of Trials Concerning Bankruptcy Cases
..... Jiao Wei, Dong Qingzhong (143)

CONTENTS

Management of Law Courts

The Science and Technology Is the First Productive Force to Fulfill "Fair and Efficiency"

——He Perspective of Dongying Intermediate People's Court Constructs Trial Courts with the Science and Technology

..... Dong Zhenhe, Li Qiangwen (151)

The standard court managements sharpen the judicial ability Pei Xiufeng (156)

Strengthening the Court Trade Union Work to Promote judges' Occupational

Construction Zhang Chengwen, Yang Xingshan (163)

Construction of the Bailiff Culture Wang Weixin (168)

Jurisprudence Forum

On initiators' damage compensate responsibilities

..... Zhang Qinrun Zhang Jiangtao (173)

On creditor's cancellation power Yang Xianyin (180)

The Practice Research On the Trials of Employers' Compensation Responsibility

..... Liu Pengtao (189)

The legislation Conception on Our Country's Real Estate Registration System

..... Yu Haiyan (198)

On Bidirectional and Unequal Principle Existing in the Evidence Demonstration

System Luo Ying, Zhang Fengle (213)

On the Abatement and Preservation of the Proceeding for Superving and Urging

the Clearance of Debt He Yan, Gao Xiangdong (221)

On Administrative Special Permitted Behavior Su Ningxue (229)

The Connotation of the Fair Judicature and the Law Occupational Ethics Construction

..... Mu Lixia (236)

Application of Law

To Consummate Our Country's Administrative Proceedings System

..... Jin Junyin (241)

The Theory and Utilization of the Exclusionary Rules for the Evidence Outside the

CONTENTS

Record	Cai Xiaoxue (256)
Several Problems in the Patent Administrative Cases	Yan Dong, Kong Xianghui (266)
Tentative Plans on Establishing Administrative Mediation System	Lu Hanqing (273)
The Application of the administrative cases about countryside villagers construct housing	Zhao Libo (284)
Try to Analyse Some Problems in the Administrative Compensation Cases	Zhang Xiaoli (291)
Try to Discuss the Administrative Proceedings Proof Standard	Cheng Degang (295)

Analysis of Cases

How to Realize the Insurer's Right for Recovering Debts and his guarantee power	Hou Zhengde (301)
Legal Protection on Network Transmission of Recording Products	Yan Chunguang (306)
The Administrative Organs Shall Not Dodge Exercising the Administrative Punishment Authority When Reaching or Terminating an Administrative Contract	Ren Shaohua, Luan Xiufang (312)
How to Confirm the identity of Lawsuits	Ji Hongguang (315)
What Should Be Done and What Shouldn't Be Done in the Execution of the Common Wealth of husbands and wives	Jiang Ping, Li Guanying (320)
Brief Analysis on the Execution of Mortgage Real Estate Case	Liu Xiaoyong (326)

Adjudication Documents

The Written Judgment of the Accused Zhang Jianzhong Robbery Case	Xu Feng (331)
Review	Zhou Daoluan (336)
The Written Judgment of Contract Disputes about Song Guangqin and Transportation Limited Company	

CONTENTS

Case	Wei Dayang (339)
Review	Zhou Daoluan (344)
The written judgment about Tianjinhua Cotton Oil Limited Company Refuses to Accept the Administrative Verdict Made by Lijin County People's Government	
Case	Song Jiye (346)
Review	Zhou Daoluan (352)

Judicial statistics

Analysis of the Condemnation and Execution of Property Punishment	Sang Aihong (356)
--	-------------------

Scenery of Huanghekou

Held a Sword in Hand, I Will Punish the Wicked to Protect the Justice ——A record of the first session specialized criminal court Judge Zhang Zhigang of Dongying Intermediate People's Court	(366)
Practice Essay ——My feel to the Dongying Intermediate People's Court	Zheng Danlu (371)
Poetry Qinyuanchu • Yellow River Mouth	Zhang Zhenwen (375)

Case on-the-spot Report

Crazy Price ——The on-the-spot Trial Report of Zhang Dongliang, Zhang Jianjian robbed with guns murderous case	Song Guolei (376)
---	-------------------

司法大讲坛

证明责任论

——兼论“谁主张,谁举证”

张卫平*



内容提要

所谓证明责任就是指应当对某一个法律事实加以证实而没有证实所应该承担的不利后果。实际上权利主张不存在证明责任的问题,所有的证明都是对某一个事实的证明,不是对权利的证明。我们要证明的是总是事实主张和肯定的主张。证明责任的前提必须是做出裁判的主要事实处于真伪不明的状态。在分配证明责任时要尽可能把这个责任分配的更加合理,主张消极事实的人、主张否定事实的人不对其主张的事实加以证明,主张肯定事实的人应当加以证明。证明责任分配理论学说把法律规定的主要事实分为三类:权利产生的事实,权利消灭的事实和妨碍权利产生的事实。根据事实种类的不同,证明责任也不同。在

* 张卫平(1955—),清华大学法学院教授、博士生导师,中国法学会诉讼法研究会副会长。东营市中级人民法院顾问。

一些特殊情况下,证明责任应该倒置。证明标准在民事案件中要求高度概括性,而不能用排除合理怀疑去排除。要求我们按照一般良知和大体感觉来操作。

各位好,可能大家曾提到我是山东人,可能觉得我的口音很奇怪,一点山东味都没有。我的老家是山东莱芜,因为我长时间生活在四川,所以你一听我这个口音是南方口音。中学第一次下乡到山东,第二次下乡到重庆,参加工作是在北京,所以南南北北的各个地方待了许多年,口音可能有些混杂的地方。

我非常荣幸能够受到东营中级法院的邀请,给各位介绍一下我对民事诉讼证据当中的证明责任的有关问题的实务和理论的想法。

一、对“谁主张,谁举证”在认识上存在的一些错误

为什么我想谈这样一个问题呢?原因在于,在我们的司法实践中,无论是刑事诉讼还是民事诉讼、行政诉讼,我们都对这样一个概念耳熟,就是“谁主张,谁举证”。似乎我们每一个法官、每一个司法人员都很清楚“谁主张,谁举证”。但实际上,我们在理解这一概念时,与证明责任这样一个含义,与举证责任这样一个含义,可能会不清楚。为什么这样说呢?最近一两年,司法实务部门和理论界有不少人主张在执行程序中要移植或者是采用举证责任制度,一般司法界把证明责任通常表述为举证责任,为什么会提出这样的问题?我们在理解上举证责任与“谁主张,谁举证”划等号有相当大的关系。

提出这样一个问题,在理解上,在执行程序中之所以出现执行难,是因为法院往往不知道被执行财产在何地。如果权利人提供了财产所在的线索,那我就能够有效地来执行,如果你不提供这个,没有线索我就不予执行,你必须要对财产加以证明,对被执行人的财产加以证明。如果你不能证明,你就要承担法院不能执行的后果。我们的执行难问题,把责任和后果就推给了当事人。这样的理解显然是不正确的,为什么不正确?因为在执行阶段与审判阶段完全是不同的,在审判阶段是当事人双方对立,法院处于中立裁判,消极中立裁判。而正是在这样一种结构中,对于当事人双方提出证据不能证明的某些主要事实,法院必须要作出判决,必须要做出认定。双方都没有提出证据或者双方都有证据但是没有证明时,我们应该判决谁败诉呢?这是举证责任或是证明责任必须要解决的问题,这正是证明责任或者是举证责任的基本功能。

然而在执行程序中没有对立的当事人双方,而是权利的实现,义务的强制履

行,是法院面对一方当事人,而这一方当事人是义务人,这时法院实际上的职能是实现权利,实现执行权的。这样一个过程,不再是审判,不再是裁判。因此,法院的权力在于我有权根据民事诉讼法对财产所在地、财产现场状况进行调查,这是法院的职权。法院的调查权也就体现在可以向权利人进行调查,要权利人提供有关线索,也可以让被执行人提供线索。法院的这些调查权,只是法院的职权,与举证责任没有任何关系。你不提供证据证明财产所在,实际上这已经不是你能不能够证明的问题,而是在于法院向你调查,你不能提供有关的线索,法院便无法执行,这就是执行难。但这种执行难实际上与法院本身的执行力度可能有关,并不是任何一个案件都有线索,都一定能够执行。

我们做个比较。这就相当于在侦查阶段,公安机关在侦破刑事案件时,他完全可以让受害人提供有关线索,受害人不能提供有关线索的,公安找不到线索,此案就不能破。没有就这么简单,他根本就没有证明责任。问题是,如果是在刑事审判中有证明责任,那就是检察机关没有能够证明被告嫌疑人已经构成犯罪,这才是证明责任,他必须要在被告嫌疑人的辩护和检察机关的公诉阶段,才使用这种举证责任。

二、“谁主张,谁举证”中的“主张”是事实主张而非权利主张,是肯定的主张而非否定的主张

为什么我们在民事诉讼中有这样一个概念“谁主张,谁举证”?要回顾民事诉讼法,作为我们现行的民事诉讼法,大家注意有一个第六十四条第一款,当事人对自己的主张有责任提供证据加以证明。这一条是从哪里来的呢?就应该是来自1982年民事诉讼法的表述,它和1991年民事诉讼法第六十四条第一款的表述是一样的。当事人对自己提出的主张有责任提供证据加以证明,我们就把它概括为“谁主张,谁举证”。仔细来分析的话,进一步推敲一下的话,发现这一条规定实际上不是一个很严密甚至不是一个证明责任的分配的基本原则。我们要提出的问题是誰主张谁举证,这个主张是指的什么主张,是指的权利主张还是指的事实主张?

实际上权利主张不存在证明责任的问题,我们所有的证明都是对某一个事实的证明,不是对权利的证明,这是非常重要的,我们是通过事实的证明让法官来采纳我们所证明的事实,根据事实适用法律,认可或否认你的权利,而决不是由当事人直接来证明自己权利的存在。这一点有很多人并不清楚。实际上我们