

【专稿】

完善行政诉讼制度要理顺三对权力（权利）关系 / 袁曙宏

【行政法理论】

诉讼证据制度比较研究 / 江必新

【行政审判实务问题探讨】

审理工伤认定行政案件的几个问题探析 / 金代权

【疑难案例评析】

宋志坤、宋志强诉珠海市香洲区人民政府、珠海市人民政府房屋拆迁案评析 / 谢卫华

【司法调查】

行政诉讼撤诉案件分析 / 浙江省宁波市中级人民法院行政庭

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

2004年第2集 • 总第10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：江必新

副主编：王秀红

编委：赵大光 孔祥俊 周红耕

蔡小雪 甘雯

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 2 辑: 总第 10 集/
最高人民法院行政审判庭编. —北京: 法律出版社,
2004. 7

ISBN 7 - 5036 - 4973 - 9

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 057943 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/法律应用出版分社
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/13.5 字数/263 千
版本/2004 年 8 月第 1 版	印次/2004 年 8 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
法律应用出版分社/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 - 65293270
中法图深圳公司/0755 - 83072995	中法图重庆公司/023 - 65382816/2908
书号: ISBN 7 - 5036 - 4973 - 9/D · 4691 定价: 32.00 元	

行政执法与行政审判(总第10集)目录

●【专稿】

- 001 完善行政诉讼制度要理顺三对权力(利)关系 袁曙宏

●【行政法理论】

- 004 诉讼证据制度比较研究 江必新
 021 行政诉讼证据制度改革的设想 甘 文
 038 论行政诉讼纠纷解决目的之确立
 ——以行政诉讼裁判形式为研究对象 羊 琴
 048 调解与行政诉讼制度创新 王 彦
 060 行政诉讼合理性原则适用之实证判解 吴偕林
 068 论维持判决的完善 梁风云

●【行政审判实务问题探讨】

- 074 审理工伤认定行政案件的几个问题探析 金代权
 089 审理工伤认定行政争议案件问题探析 王文燕
 096 审理工伤认定案件中的几个问题 张晓丽
 106 对审理行政事实行为侵权赔偿案件若干问题的认识 李云峰
 112 房产登记发证行政诉讼案件有关问题的探析 李玉柱 施建红
 119 预售商品房抵押登记行为研究
 ——从赢嘉公司诉北京市国土房管局抵押登记行为案
 谈起 程 琥 倪建新

●【疑难案例评析】

- 129 宋志坤、宋志强诉珠海市香洲区人民政府、珠海市人民政府
 房屋拆迁案评析 谢卫华
 136 苏志路等31人诉北京市房山区国土资源和房屋管理局行政
 处罚案评析 饶亚东 刘井玉
 140 姜济庸、姜淑凤、姜淑媛诉衢州市文化局不履行文物保护
 鉴定职责行政争议案评析 江 勇
 145 温顺建诉荣县水务局不履行城市供水管理职责案评析 黄一萍

●【司法调查】

- 148 行政诉讼撤诉案件分析 …… 浙江省宁波市中级人民法院行政庭
- 156 劳动和社会保障行政案件统计分析
…… 北京市海淀区人民法院行政庭
- 165 关于对劳动和社会保障行政案件审理及相关情况的调查报告
…… 山东省淄博市中级人民法院行政审判庭

●【行政执法与行政审判资料】

- 175 我国行政审判的历史回顾与展望
——写在我国行政诉讼法颁布十五周年之际 …… 凡 夫
- 189 全国人大及其常委会 2003 年通过的法律的情况
- 191 2003 年行政法规发布情况

●【行政裁判文书选登】

- 194 被上诉人珠海格力电器股份有限公司诉浙江省开化县工商行政管理局行政处罚上诉案
——浙江省衢州市中级人民法院行政判决书(2003)衢中行
终字第 12 号
- 202 周辉诉上海市公安局徐汇区分局交通支队行政处罚一审案
——上海市徐汇区人民法院行政判决书(2003)徐行初字第 125 号

征稿启事

【专稿】

完善行政诉讼制度要理顺三对权力(利)关系

◆袁曙宏*

* 国家行政学院
副院长、教授

1989年行政诉讼法的颁布,被公认为是我国行政法治进程中的一个里程碑。它标志着我国依法行政开始进入重视保护公民权利和监督行政权力的新阶段。我们完全可以说,如果没有行政诉讼法,就没有今天依法行政乃至依法治国的大好局面。与15年前相比,我国行政诉讼的外部政治、经济和社会环境都发生了显著变化,经济发展和社会进步的新形势提出了进一步完善行政诉讼制度的新要求,而这些新要求集中体现在如何理顺行政权与公民权利、司法权与行政权、审判权与监督权这三对最基本的权力(利)关系上。

一、关于行政权与公民权

行政权与公民权是行政法的一对核心范畴,整个行政法律制度体系都围绕着这对核心范畴展开。由于行政权力在行政实体法律关系中通常优于公民权利,因此,为了实现行政权与公民权的平衡,就需要在行政程序法律关系、尤其是在行政诉讼法律关系中更加强调监督、制约行政权力,更加注重保护公民权利。虽然我国行政诉讼法的立法宗旨是兼顾“保护公民、法人和其他组织的合法权益”和“维护和监督行政机关依法行使行政职权”这两个目标,但15年前的制度安排显然难以完全适应今天现实的需要。例如,行政诉讼受案范围较窄,原告起诉资格限制过多,行政公益诉讼制度缺失,行政相对人诉权保障制度不健全,从而导致许多受到行政权侵害的公民权利得不到应有的救济,以及不少违法行政行为游离于司法监督之外。这就需要通过修改、完善行政诉讼法来扩大行政诉讼受案范围,放宽原告起诉资格,建立、健全行政公益诉讼和行政相对人诉权保障等制度,进一步理顺行政权与公民权的关系,实现行政权力与公民权利配置的平衡。

二、关于司法权与行政权

在行政诉讼中,司法权总是以行政权作为监督对象,因此,如何理

顺司法权与行政权的关系,就成为贯穿行政诉讼法始终的一条主线。从整体上看,行政诉讼中司法权与行政权的关系应当表现为行政权自觉接受司法权的监督,司法权尊重并公正地审查行政权。司法权与行政权的关系主要体现在两个方面:一是在横向上体现为行政诉讼受案范围的宽窄,反映司法权对行政权监督的广度;二是在纵向上体现为司法审查程度的深浅,反映着司法权对行政权监督的深度。理顺司法权与行政权的关系,一是要确立较宽的受案范围,二是要确立合理的审查标准。毋庸讳言,我国行政诉讼法在这两方面都还存在着明显的不足:一方面,行政诉讼在受案范围上只能起诉具体行政行为,不能起诉抽象行政行为;只能救济人身权和财产权,不能救济劳动权、受教育权等其他权利;只能审查外部行政行为,不能涉及所谓审查特别权力关系的行为。这种限制性规定妨碍了司法权对行政权的有效监督,有必要进一步扩大行政诉讼的受案范围。另一方面,行政诉讼法对审查标准缺乏更加细致和具体的规定,这既可能造成司法权对行政权介入过深,也可能造成司法权对行政权监督不力。从合理架构司法权与行政权的关系来看,需要进一步细化审查标准。首先,要区分法律问题与事实问题,对不同问题采用不同审查标准,这在西方国家已成为一种惯例。其次,要根据行政自由裁量权的大小区分低度自由裁量权、中度自由裁量权 and 高度自由裁量权,并分别适用不同的审查标准。再次,要根据不同的诉讼类型确定不同的审查标准,对行政行为诉讼中的变更之诉、履行之诉和非行政行为诉讼适用完全审查标准;其余行政案件一般可适用有限审查标准。

三、关于审判权与监督权

理顺审判权与监督权之间的关系,既保证独立行使审判权,又保证严格行使监督权,是完善行政诉讼制度、实现行政诉讼价值目标的重要保障。一方面,要从体制、制度和权限上保障人民法院独立行使行政审判权,不受任何法外权力的干预;另一方面,也要加强对行政审判公正和效率两个方面的监督。法国大革命时期的政治家罗伯斯庇尔曾经说过:“如果法官是天使,是不会犯错误的完美无缺的人,那么立法就成为多余,只需设置法官的职权就够了。但是无论法官怎么样,他们总是人。明智的立法者决不把法官当做抽象的或铁面无私的人物,因为法官作为私人的存在是与他们的社会存在完全混合在一起的。明智的立法者知道,再没有人比法官更需要立法者进行仔细地监督,因为权势的自豪感是更容易触发人的弱点的东西。”行政诉讼制度建立了司法权对行政权的监督机制,但是,任何权力都容易被滥用,因此,行政诉讼的良性发展,当然也离不开对行政审判权的有效监督。由于种种原因,在我国行政诉讼制度中,监督权有时不能发挥应有的权力监督功能,以至

于有时行政审判权既可能表现为积极的滥权,也可能表现为消极的懈怠。因此,行政诉讼制度的完善需要加强内外监督机制:一方面要健全内部监督制度,如法官业绩考核制度、错案责任追究制度、审判委员会监督制度和审级监督制度;另一方面要强化外部监督力量,如党的领导监督、人大的权力监督、检察机关的法律监督、媒体的新闻监督和社会团体以及人民群众的舆论监督等。只有内外监督双管齐下,才能保证行政审判权公正、高效地行使。

【行政法理论】

诉讼证据制度比较研究

◆江必新

诉讼证据制度是诉讼制度的核心,也是司法公正的重要的制度保障。人民法院在审理案件时,必须以事实为根据,以法律为准绳。这里的“事实”与“法律”必须由证据来连接。目前,实务界反映在证据规则的运用中存在很多问题。笔者认为,解决当下由于法律不完善造成的制度缺陷,把握法律的基本精神至关重要。本文拟从证据制度的基本精神入手,从三大诉讼证据制度比较的角度,对诉讼证据规则遵循的基本路径进行一些探讨。

一、关于证据的概念和种类

(一)证据的概念

证据是诉讼法学的基础性概念,同时也是一个歧见纷出的法学概念。证据的概念涉及证据的性质、表征等问题。这个问题在不同法系的国家有不同的观点。最集中的分歧是,证据应当从纯粹意义的角度,还是从一般的材料意义上来定义。有的国家对于构成证据的要素把握比较严格,例如在英美法系国家,证据必须要符合“可采性”(Admissibility of Evidence),即诉讼当事人或者其他人员提交的证据必须符合法律规定的采纳规则,法官才能准许进入诉讼程序。如果不具有合法性、关联性、真实性,就不能认定为证据法上的“证据”,而只是一种材料(material)。但是大陆法系国家证据的概念一般比较宽泛,大陆法系的司法传统并不对证据作出限制性的规定,凡是对案件事实具有证明价值的材料都认为是证据,对证据这个概念本身没有作出严格的要求。这是不同法系的国家基于不同的司法传统和司法理念对证据作的不同的定义。同时,研究证据要注意区分两个概念,即证据与可定案证据。法院用于定案的证据称为定案证据,这与“证据”的涵义不同。实际上,正是由于对此问题的分歧,直接导致了对证据定义的广义和狭义的不同理解。

在我国现行的诉讼法中,只有刑事诉讼法对证据进行了定义,即“证

明案件真实情况的一切事实,都是证据”。^①刑事诉讼法的证据概念展示的是:只有能够证明案件真实情况的才是证据,不能证明案件真实情况的事实就不是证据。第四十二条关于证据的定义从语义上观察似乎属于狭义定义,但是,在该条之后列举了证据的形式,并且规定“证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据”。这一表述显示该证据定义属于广义的,即不属实的也可以是证据。就此而言,许多学者认为刑事诉讼法关于证据的定义存在着内在的矛盾。民事诉讼法第六十三条规定,“以上证据必须查证属实,才能作为认定事实的根据”。显然,民事诉讼法采用的是广义的证据概念,把一般的证据同“可定案证据”区别开来。事实上,行政诉讼法第三十一条对证据也作了间接的规定:“以上证据经法庭审查属实,才能作为定案的根据。”明确将证据和可定案证据区别开来。由此可见,法律对证据的概念是倾向于广义理解。三大诉讼法中惟独刑事诉讼法中的定义似乎是狭义上的定义,但就刑事诉讼法通篇来观察,事实上刑事诉讼法也是采用了广义上的诉讼证据。总体而言,我国诉讼法采用的是基本统一的证据定义,采用了广义上的概念。证据定义采用广义概念主要基于以下原因:

1. 从整体上,使用这个概念有利于质证和认证的统一性和协调性。例如,在质证中,当事人提供的材料我们都认为是证据,而在确认时也是将其视为证据。如果将证据的范围限定在狭窄的范围,将导致质证和认证的相互矛盾,人为地导致了一些不统一和不协调。

2. 有利于我们区分可定案证据与一般的证据,可以更好地区分可定案证据和非定案证据。

3. 采取广义上的证据有利于扩大认定事实的信息来源。在有些时候,如果将信息限定过窄,我们掌握的证据材料就会越少,判断的难度就会无形增大。充足的证据材料可以使我们从众多材料中作出一种更接近真实的推断,有利于我们准确地认定案件的事实。

三大诉讼法尽管在细节上规定得不一样,但是从理论和实践来说我们应该采用广义的定义。

(二) 证据的种类

我国三大诉讼法对证据种类作了列举式规定,都是7种证据。但是,这三大诉讼法7种证据种类的编排顺序和具体内容并不完全相同。例如,刑事诉讼法把物证和书证作为一个种类,而民事诉讼法和行政诉讼法中物证和书证是单独开列的;刑事诉讼法强调了被害人的陈述以及犯罪嫌疑人的辩解,将其作为一种特殊的证据种类,而民事诉讼法只规定了当事人的陈述,未作具体的划分;行政诉讼法把现场笔录作为一个种类,而民事诉讼法中只列举了勘验笔录,而没有现场笔录等等。所以,这些证据种类看上去相似,但是内容上却存在较大

②即使在不重视对证据概念抽象研究的美国,对于证据的分类也极为重视。目前,较为一致的分类是将证据分为直接证据(Direct Evidence)和间接证据(Circumstantial Evidence)。美国《联邦证据规则》的划分方法为言词证据(Testimony of Witness)、实物证据(Physical Evidence)与司法认知(Judicial Notice)。在德国,理论上通行的证据除了直接证据与间接证据的分类外,还包括主证和反证等。英国学者则将证据划分为传闻证据和原始证据(Primary Evidence)、推定证据(Presumptive Evidence)与结论证据(Conclusive Evidence)等。

差异。就国外来看,证据的种类更是纷繁复杂,已经成为研究证据规则的一项重要方法。^②因此,如何理性地把握证据就非常重要,否则容易陷入偏颇。

笔者认为,证据的种类不在于列举面的宽窄,必须从实质角度来总体把握。在证据种类中,凡属于具有证明价值的材料信息都可以作为证据使用,当然还要符合一定条件。如果新出现的证据种类不属于现行诉讼法规定的种类,那么就应当找一个相近的种类将其吸纳进去。诉讼法关于证据种类的规定只是一个大体的分类框架,或者说只具有“指导”意义而不具有“限定”意义。不能简单地认为7种以外的材料都不能作为证据使用。三大诉讼法之所以对证据进行分类,是因为不同的种类材料要受不同规则指导以及要具备特定的条件,而非具有限定意义。在实践中,有的同志认为不属于7种里的任何一种不能作为定案根据使用,这种理解有些僵化。例如视听资料的范围从字面意思而言并不包括数字资料,但数字资料所遵循的规则与视听资料更为接近,我们尽可能地将其归类到视听资料里去,尽管严格来说是不能完全归到这一类。如果有一种证据不属于法律列举的种类,如果其有证明价值还是要将其作为证据来对待,不能仅因没有规定而将其排除。

二、举证责任的分配

尽管学界和实务界对于举证责任的分配还存在许多分歧意见,而实际上举证责任的分配问题在诉讼法原理上却存在着越来越多的共性问题。举证责任的分配问题主要涉及以下四个问题:

(一)当事人在何种情况下应该举证

并非所有的事实都要由当事人举证来加以证明。在相当多的情况下,当事人提出一个主张并不一定需要证据加以证明。在诉讼中,有的事实是众所周知或者一目了然的,有的事实已由法院在其他诉讼中查明,有的事实被法律假定为真实,也有些事实因当事人之间无争议而被视为真实。对于这些事实,如果当事人没有提出反证或者不成立反证,法院可以直接确认,免除当事人举证,此亦谓“免证事实”。以下几种情况属于免证事实:

1. 当事人所主张的事实是自然规律、自然现象或者众所周知的事实。这是没有必要通过举证加以证明的。

2. 当事人所主张的事实是对方所承认的。诉讼中的“自认”一般是指当事人在诉讼过程中向法庭承认对方所主张的不利于己的事实。诉讼中的自认一般具有绝对免除对方当事人举证责任的作用,自认的事实有拘束法院的效力。但是也有例外的情况。《最高人民法院关于

民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《民事诉讼证据规定》)第八条规定,涉及身份关系的案件不适用自认。^③因为身份关系涉及某些特殊的既定客观事实,如婚姻关系、收养关系、继承关系。身份关系不但涉及当事人双方的私人利益,更涉及多数关系人的利益,甚至影响到社会公共利益,必须采取绝对的客观真实主义。

3. 具有法律效力的法律文书所确认的事实,不需要举证。例如已为人民法院发生法律效力、已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实以及已为有效公证文书证明的事实等。

关于免证事实,民事诉讼法和行政诉讼法的证据规则都作了明确的规定,而刑事诉讼法规定得相对简单。目前关于这方面的司法解释也尚未出台。笔者认为,一般情况下上述免证事实的情形亦可适用于刑事诉讼。

(二) 举证责任的承担

举证责任的承担是指举证责任如何分配的问题。在诉讼过程中由谁来承担举证责任对诉讼结果有很大的影响。谁承担举证责任就意味着谁承担更多的举证负担,就意味着谁具有更多败诉的风险。通说认为,举证责任是法律假定的一种后果,即承担举证责任的当事人应当提出证据证明自己的主张,否则将承担败诉的后果。^④

在一般情况下,当事人双方是会争先恐后地向法庭提供证据甚至在有的情况下不惜伪造证据来证明其主张。法律规定举证责任制度的一个基本原因是,某些情况下当事人双方提供证据后,案件的真假虚实仍然难以判断,成为我们所说的疑案和难案。在大多数情况下,法院可以判断当事人提供的证据的真实性,但是证据事实是千差万别的、具体的特定事实,法院没有诉前知悉的义务和可能。在有些情况下出现无法判断的情形,法院要作出裁断就必须建立一个规则。在这种情况下,法院要进行判断,最基本的办法是建立举证责任制度。罗马法建立了两条规则,一是谁主张谁举证,二是如果对方提出了反证并且足以使主张者提供的证据产生怀疑和动摇,或者说对方提出的证据相对具有优势地位,那么最初的主张者就要败诉。只有主张者提供的证据比对方的证据有优势时,方可胜诉。如果主张者提供的证据与反证者提供的证据是半斤八两、旗鼓相当,在这种情况下承担举证责任的人就要败诉。如果按照这个规则,任何案件都是可以下判的。这就是举证责任的意义和功能。分配关系到在特定的情景下当事人的胜负,必须要科学地设计。如何分担举证责任是个特别慎重和重要的问题。

三大诉讼举证责任有很大的不同。我国刑事诉讼法第四十三条规定,审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序,收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。从

③该条第一款规定:“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。”

④参见拙著:《行政诉讼法——疑难问题探讨》,北京师范大学出版社1992年版,第192页。

这个规定来看,似乎审判人员、检察人员、侦查人员都有收集证据的职责。在公诉案件中,根据刑事诉讼法第一百五十六条和第一百五十七条的规定应该可以推断为,在一般情况下应该是公诉人对实体问题,即对被告人是否构成犯罪的的问题,承担举证责任。在自诉案件中,根据刑事诉讼法第一百七十条、第一百七十一条第二款的规定,如果自诉人提不出补充的证据,应当说服自诉人撤回自诉或裁定驳回。可见,在自诉案件中,证明被告人有罪的责任显然是在自诉人身上。民事诉讼法第六十四条规定,当事人对自己提出的主张有责任提供证据。从这条规定来看,基本原则是谁主张谁举证。但是在《民事诉讼证据规定》第四、五、六条规定了许多特殊的情形,第四条规定了9种特殊情况,第五、六条各规定了一项,共计11项。第七条还规定了在难以确定举证责任分配的情况下,法院可以根据公平原则来具体分配举证责任。行政诉讼法第三十二条规定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依据的规范性文件。这就是说,行政诉讼法确定的基本原则是被告对作出的行政行为承担举证责任。显然,三大诉讼法所规定的举证责任规则分配原则并不一致。刑事诉讼法属于公诉方或自诉方承担责任;民事诉讼是谁主张谁举证;行政诉讼是被告对作出的行政行为承担举证责任。需要强调的是,在三大诉讼法中对于举证责任的规定容易引起一些错误的观点。因为刑事诉讼中,是否所有的证据都是应当由公诉方或自诉方提出,不仅存在疑问而且事实上也不可能;在民事诉讼中,谁主张谁举证是否普遍遵循也有疑问;在行政诉讼中,是否一律由被告承担举证责任,不能作简单化理解。所以,三大诉讼法中并未解决所有的举证责任分配问题,只是对一些特别重要的事项,以及一些重要的情况下遵循的基本原则作出了规定。所以在理解上应当注意普适与具体案件情况的结合。以下是一些特殊情形下的举证责任:

1. 在三大诉讼中,凡属于诉讼程序性的事实都遵循“谁主张谁举证”原则。例如,当事人申请回避,法院要确认当事人的申请是否有证据证明有法定的回避事由,就必须加以证明。可以说,三大诉讼中所有的程序性的事实都遵循谁主张谁举证的原则。当然在一定情况下,法院对一些程序性的事实也要承担提供证据的责任。例如,在当事人妨碍诉讼采取强制措施时,只能由法院承担提供证据的责任。

2. 刑事诉讼中被告的举证责任。在刑事诉讼中,对于被告人辩解所称具备从轻的情节(例如法定的刑事责任年龄或者自首等其法定情节),在这种情况下显然不应当由检察机关或自诉人来提供证据,而应

当由被告方来加以证明。^⑤

3. 行政诉讼中原告的举证责任。行政诉讼法规定,行政机关对作出的具体行政行为承担举证责任。但是,如果原告诉行政机关不作为,被告就不应当承担举证责任。原告必须提供其在行政程序中曾经提出申请的证据材料。^⑥

概言之,谁主张谁举证是最基本的举证规则。在刑事诉讼中,公诉人作为主张方,主张犯罪嫌疑人犯罪的事实,自诉人作为主张方控告某人有罪,对其犯罪事实应该承担举证责任。在民事诉讼中,双方当事人可以提出主张,通过起诉与反诉,实现自己的主张。在行政诉讼中,被告对作出的行政行为承担举证责任的根本缘由在于,从整个法律关系的链条来看,最初的主张是行政机关,因此必须在诉讼中对自己的作为行为负举证责任。所以,谁主张谁举证这个原则贯穿于所有诉讼中,但是有些例外。值得注意的是“主张者”的概念内涵。首先,这个主张者不同于反驳主张。正面的主张和反驳主张是两个相对的概念,主张者对于积极的主张应该承担举证责任,对方提出消极的主张则不承担举证责任。反驳的主张是不承担举证责任的。但是如果说在反驳中为了抵消积极主张另外提出一个新的主张,则构成了一个新的积极的主张,必须承担举证责任。

当然,并非任何情况下都适用“谁主张谁举证”。例如《民事诉讼证据规定》第四条的规定被许多学者认为是一种“举证责任倒置”。笔者认为,“倒置”这个概念实际上存在缺陷。通过以下几种情况的分析,我们可以看到,论者所称的“倒置”情形实际上是遵循特殊情形下的规则所致而已。这些规则包括:

1. 如果对方当事人有取得和控制证据的特殊条件,而由主张者承担举证责任显属不公平的情况下,举证责任就应当由相对方承担。简单地说,按照当事人提出的主张证据是由对方控制的或对方承担举证责任更加便利和经济,相对方提供证据是非常困难的情况下,举证责任就应该由相对方承担而不应该由主张者承担。例如,在因医疗行为引起的侵权诉讼中,考虑到举证的难易、医疗机构控制证据的特殊条件,以及使受医疗侵权行为损害的病员或其家属有较多获得赔偿机会等因素,由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。

2. 有利于息诉功能的发挥。确定谁主张谁举证原则的一个很重要的功能是息诉。如果当事人有足够的证据来证明,就不能发动对正常法律关系的挑战。这是一种具有抑制争议或曰风险提示的功能。即如果举证责任的分配因积极主张由对方来举证,对方不举证败诉,会导致更多人进行诉讼。例如因缺陷产品致人损害的侵权诉讼中,由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任即是。

3. 价值导向功能的考虑。这就是行政诉讼中被告承担举证责任的

⑤有学者指出,美国的刑事诉讼中,在特殊情况下,举证责任也可能首先由承担举证责任的被告人一方承担,然后在诉讼双方之间转移。例如,如果被告人希望依赖“挑衅行为”的辩护,其就必须提出该争议事实以及充分的证据支持。参见何家弘主编:《外国证据法》,法律出版社2003年版,第201页。

⑥事实上,即便在号称“行政法母国”的法国,主要的举证责任也是由原告来承担的。只是由于关注到原被告双方信息的不对称,近年来加强了行政法官在举证上的干预。行政机关虽然采取了一些办法使原告获得一些文件或信息,但是仍然需要行政法官的干预才能获致举证上的平衡。法国行政诉讼强调原告必须提供行政机关决定可能不公正的、合理怀疑的证据即可。

关键缘由。行政机关在作出决定的时候必须有足够的证据,否则不能作出行政决定。这样的规则对于行政机关在作出决定时必须以事实为依据具有很强的导向功能。

(三)关于举证责任转移

举证责任分配后并非恒定不变,在一些情况下可以发生移转。在诉讼活动中,对双方主张的对立事实经过一方当事人先行举证后,转换成另一方当事人举证,并且可以再行相互转换的举证规则,为举证责任的转移。在民事诉讼中,主张者首先举证,而后举证责任转移到相对方。此时,相对方需要对争议事实提出己方的证明,其对争议事实的证明基本上处于和审判开始时主张者相同的位置。在此后的诉讼过程中,举证责任还可能重复上述转换内容。在最高人民法院《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第十一条有相关的规定^⑦关于举证责任的转移规则,笔者试图作以下概括:(1)举证责任因为对方提供了新的积极的主张而发生转移。(2)举证责任因为一方提出了表面证据,要继续作出证明按照一般的规定已经非常困难,而且由对方承担举证责任更为便利、方便,成本更为低廉。

在这两种情况下举证责任就发生了转移。例如在行政诉讼中或行政赔偿中,当事人被国家机关收审或限定人身自由,后来发现突然死亡,作为原告的家属要请求国家赔偿。此时即可以推定在很大程度上与公安机关是有关的,同时如果要让原告证明当事人如何死亡非常困难,而对于公安机关则更为方便。公安机关就要证明其属于暴病、自杀或者被他人殴毙。当然,按照法律的规定,这些只是减轻事由而非免责事由,涉及责任份额如何计算的问题。在这种情况下,举证责任要发生转移的原因就在于,原告一方难以承担,而被告更具有便利条件。

(四)举证责任的完成

由于诉讼法各自调整的关系不一样,举证责任的完成与证明标准是联系在一起的,后文有述(见第七部分)。

三、法院调查收集的证据

在证据法上一个很重要的问题就是法院调查取证与当事人调查取证的关系。在奉行职权主义的国家,法院要承担更多的收集证据的职责和义务;^⑧在当事人主义的国家,主要依靠当事人自己收集,法院很少主动去调查取证。^⑨我国正处在两种模式转轨的时期,即正在从职权主义向当事人主义过渡,当然不会完全过渡到当事人主义的状态。在实践中,法院为了查明事实,过多地主动依职权调查收集证据,甚至包揽调查取证的情况还不同程度地存在,致使不少案件在收集证据方

⑦该条规定:“案件的同一事实,除举证责任倒置外,由提出主张的一方当事人首先举证,然后由另一方当事人举证。另一方当事人不能提出足以推翻前一事实的证据的,对这一事实可以认定;提出足以推翻前一事实的证据的,再转由提出主张的当事人继续举证。”

⑧例如,在德国,在各种诉讼中,法院都承担探明义务,应当依职权将证据调查延伸到一切对裁判有意义的事实。在职权原则和探明义务的范围内,法院成为证明的主体。

⑨英美法系又称之为“竞争主义”或“对抗主义”。法官在诉讼中不主动调查证据,自

面存在极大的随意性和任意性,必须适时加以解决。就三大诉讼法而言,在什么情况下法院可以调查取证主要涉及到两个问题:一个是法院依职权调取证据的条件;另一个是申请调取证据的条件。

(一)法院依职权调取证据的条件

在刑事诉讼法中,对法院调取证据没有作出实质上的限定。刑事诉讼法1996年修订之初,很多的审判方式的改革和理念还没有发生深刻的变化,在这个方面还没有引起足够的重视。所以对法院调取证据没有作出实质性的限制。刑事诉讼法第四十五条第一款规定:“人民法院、人民检察院和公安机关有权向有关单位和个人收集、调取证据。有关单位和个人应当如实提供证据。”这款规定赋予了法院调取证据的职权。该法第一百五十八条规定:“法庭审理过程中,合议庭对证据有疑问的,可以宣布休庭,对证据进行调查核实。人民法院调查核实证据,可以进行勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结。”总之,在刑事诉讼法和相关的司法解释中对法院依职权调取证据的范围没有作出限制。在民事诉讼法中,对法院依职权调取证据的问题也作了规定。该法第六十四条第二款规定:“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据,或者人民法院认为审理案件需要的证据,人民法院应当调查收集。”从民事诉讼法的规定来看,授权比较广泛的。但是民事诉讼比刑事诉讼在依职权取证的时候,增加了一个限定条件。但这个限定也比较原则。《民事诉讼证据规定》第十五条对本条作了一些明确的限定,即包括以下两种情形:(1)涉及国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实;(2)涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项。行政诉讼也对此问题作了限定。行政诉讼法第三十四条规定,人民法院有权向有关行政机关以及其他组织和公民调取证据。最高人民法院在司法解释里作了规定,即原则上可以调查取证。同时,《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《行政诉讼证据规定》)中又作了进一步的限定:(1)只有在涉及国家利益、公共利益和他人合法利益的事实认定的,可以依职权取证;(2)涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的,可以依职权取证。行政诉讼法对法院调查取证有一条禁止性的规定,法院不得用调查取证的证据来证明行政行为的合法性。

综上所述,在三大诉讼法上对法院依职权调取证据,刑事诉讼是最宽的,民事诉讼证据规则作了两个限定,行政诉讼中的限定最多且最严。当然,就我们国家目前的情况来看,完全取消依职权调查取证时机尚不成熟。笔者认为,在以下的情况下法院应该依职权调取证据:(1)凡属于法院依职权作出的决定和部分裁定,法院必须自己调查取证。即只要不是根据当事人的申请而是依职权主动作出的,必须由法

我克制是法官在案件中的惯例。正如格林勋爵(Lord Greene)的忠告:法官不应当主动调取证据,以免“下竞技场,其视线容易被冲突的烟尘所蒙蔽”。

院主动调取。(2)凡属于某一事实涉及国家公共利益和他人利益,不主动取证作出的判决就可能损害当事人的利益,法院应当主动调取。(3)刑事诉讼中,有些特殊的情况下,特别是被告一方处在一种特殊不对称的地位,在某些情况下,法院可以依职权调查取证。在法国,法官在证据方面不是一个消极的角色。预审法官的责任就是运用具有强制力的权力,发现并收集证据。预审法官的职责不仅包括收集不利于被告人的证据,而且还应当收集因信息不对称处于优劣的、有利于被告的证据。

(二)依当事人的申请调查取证的问题

三大诉讼法都赋予了当事人申请法院调取证据的权利。但是三大诉讼法又都作出了不同的限定。

1. 在刑事诉讼中,原则上,公诉机关不能申请法院调取证据。因为公诉机关拥有调取证据的所有权力,无须向法院申请调取。

2. 在民事诉讼和行政诉讼中都作了某些限定。例如《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》第二十九条规定,有下列情形之一的,人民法院有权调取证据:(1)原告或者第三人及其诉讼代理人提供了证据线索,但无法自行收集而申请人民法院调取的。(2)当事人应当提供而无法提供原件或者原物的。当然,在行政诉讼中有一个特别的限制,作为被告一方的行政机关也不能申请法院调取证据,原因在于:行政机关只有在证据充分的情况下,才能作出行政行为,而且有的行政机关也拥有调取证据的手段。除非法律规定行政机关收集证据的权力,行政机关才能主动收集证据。例如,法律赋予了部分行政机关勘查、查封的权力,而有的行政机关并未被赋予这项权力。所以三大诉讼中申请法院调取证据的权力并不相同,这是由于当事人构成的特殊性决定的。

四、提供证据的要求

关于提供证据的要求,三部诉讼法规定得都比较原则和概括。在最高人民法院的《民事诉讼证据规定》和《行政诉讼证据规定》中都作了比较具体的规定。值得注意的是,将证据的规则统统都当做举证的要求恐非适宜。证据规则包括所有当事人提供证据的要求,而并不限于当事人承担举证的责任。如果当事人提供证据没有一个要求和标准,提供的证据很可能就是残缺不全的,也可能会久久不提交证据延误审限。要提高审判效率、提高证据的证明力和效率有必要对当事人的证据提出一些要求,对不符合要求的应该加以处置。

这些要求概括起来有以下几个方面:

(一)时间要求

在时间要求上,三大诉讼法的规定是不一样的。