行政诉讼证据问题新探

董 皞

证据问题是诉讼的基本问题之一，行政诉讼证据由于行政诉讼性质的特殊性，决定了其具有自身的特点，但人们在研究和探讨行政诉讼证据问题时，似乎有被告负举证责任倾向，本文试图就行政诉讼证据问题作些展开性研究和探讨，旨在抛砖引玉。

一. 行政诉讼证据特点与行政诉讼证据运用特点之区别

行政诉讼证据特点是指由具体行政行为决定的，在行政诉讼中表现出来的，反映被诉具体行政行为合法性问题的证据属性。行政诉讼证据的特点，表现为：(1)证明对象的特殊性。行政诉讼证据的证明对象和内容一般仅限于具体行政行为的合法性问题，所有证据都围绕着具体行政行为的是否合法而进行。(2)证明条件的特殊性。行政诉讼中所采用的证据是以该证据在具体行政行为作出之前已被采用为前提条件的，是依据性的证据，它在进入诉讼阶段之前已被作为证据所使用。(3)证明作用的特殊性。在具体行政行为作出时未采用过的证据只能用来证明具体行政行为的违法性，而不能用来证明具体行政行为的合法性，这是行政诉讼证据的单向性，也是证明作用的特殊性。(4)证据范围的特殊性。行政诉讼的证据范围不仅包括一般的事实，而且包括作出具体行政行为所依据的规范性文件。行政机关提供的规范性文件有三类：一类是作为法院审理依据的法律和法规，另一类是作为法院参照的规章，再一类是规章以下的其它规范性文件。法律和法规是人民法院审理案件的依据，不属证据范围。规章需接受人民法院的审查，如果规章符合法律法规，人民法院予以参照，否则不予参照。规章在这种情况下具有准证据的性质。规章以下的规范性文件，人民法院则将其作为证据予以对待。它与事实证据所不同的是审查标准不同，事实证据以是否和案件有关联，是否客观存在为标准，而规范性文件则是以其是否合法为标准。

行政诉讼证据运用特点是指由行政诉讼证据特点所决定的，在行政诉讼中运用证据时表现出来的，反映行政诉讼证据使用规则的属性。行政诉讼证据运用特点表现在三个方面：(1)被告负举证责任，这是由行政诉讼证据证明条件这一特殊性所决定的。由于行政诉讼证据是行政机关作出具体行政行为时所采纳的证据，如果在行政诉讼中作为被告的行政机关不能举出作出具体行政行为的证据，则意味着它在作出具体行政行为时证据不足，因而要承担败诉的责任。(2)对被告及其诉讼代理人调查收集证据权力的限制。这也是由行政诉讼证据证明条件和证据作用的特殊性决定的。行政诉讼证据的证明条件和特点表明，具体行政行为的作出应该是建立在具有充分证据的基础之上，如果允许作出具体行政行为的行政机关，在由于具体行政行

为引起诉讼之后再进行调查收集证据的工作,这就有可能产生"先裁决,后取证"的情况,也有可能产生违法收集调查证据的情况,使一些本来违法、缺乏证据的行政行为,经过诉讼阶段调查收集证据的修饰,以合法、证据充分的面目出现。行政诉讼证据证明作用的特殊性也表明,在诉讼过程中,行政机关即使收集调查到具体行政行为合法性的证据,也会由于在作出具体行政行为时并未依据这一证据而失去证明力。(3)人民法院无需全面收集和调查证据。这是由行政诉讼证据证明对象和证明条件的特殊性所决定的,也是被告负举证责任的证据运用特点所派生的。行政机关在作出具体行政行为时必须有充分的证据,行政诉讼的证据仅就具体行政行为的合法性问题加以证明,而且作出具体行政行为的行政机关有向法院提供证据的义务,否则它要承担败诉责任。人民法院的工作重点是审查和分析证据。只要行政机关不能提供主要证据证明其所作的具体行政行为合法,即应径直判决其败诉。

二.被告负有举证责任的范围

《中华人民共和国行政诉讼法》第32条明确规定:"被告对作出的具体行政行为负有举证责任,应该提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。"这就是说在行政诉讼中,被告举证责任的范围仅限于其所作的具体行政行为。

被告对作出的具体行政行为负有举证责任,是指在行政诉讼中,被告应举出自己作出具体行政行为时所依据的事实和规范性文件,以证实其具体行政行为的合法性,否则就有可能承担败诉责任。其含义有三:(1)被告要对作出的具体行政行为负举证责任;(2)被告举证责任的范围限于具体行政行为是否合法的问题;(3)在具体行政行为合法性以外的其它问题上仍采取"谁主张,谁举证"的原则。在行政诉讼中,对具体行政行为合法性的举证责任只由被告承担,不发生转移;这是因为:第一,被告作出的具体行政行为应该建立在充分可靠的证据基础之上,否则具体行政行为就是违法的。第二,被告在证据的收集、鉴定、保存等方面的能力和条件比原告优越得多。

"被告在行政诉讼中负有举证责任"的说法是错误的,它是指在行政诉讼中无论与具体行政行为合法性有关无关的一切证据,都应由被告举证,否则被告就要承担败诉责任。如果仅仅属于表述错误则可能使人引起误解,引起不良后果。如果属于理解错误,在实践中则是非常有害的,可能导致某些当事人随意主张权力,影响另一方的权利,并给诉讼的顺利进行带来不便。

三."谁主张,谁举证"在行政诉讼中的表现

在行政诉讼中,对具体行政行为的合法性问题应由被告负举证责任,法院一般也只是对被告提供的证据进行审查,而无需主动全面地调查收集证据,这是行政诉讼证据运用的一般特点,在某些特殊情况下或在有些问题上,仍然需要法院全面调查收集证据,也仍然采用"谁主张,谁举证"的原则。主要表现在下列几个方面:

(一)关于赔偿问题。赔偿问题在本质上属于民事法律关系,解决赔偿问题时自然应采取民事诉讼的有关原则。在行政诉讼中涉及赔偿问题时,应由主张赔偿权利的一方对其主张的事实列举证据加以证明,另一方需要针对对方提出的主张和根据进行答辩并提出反证。这时,对于赔偿问题上的举证即不是被告负举证责任的范围,确认损害的存在与否以及损害的范围和程度,应当是"谁主张,谁举证"。

(二)关于行政机关否认曾经作出某一具体行政行为的问题。行政机关作出具体行政行为

时，不制作，不送达决定书，当事人对具体行政行为不服向人民法院起诉，行政机关又否认作出这一具体行政行为。在这种情况下行政机关不肯举证，且也不负举出自己未作出这一具体行政行为证据的责任，当事人在调查收集证据时会受到很多限制，且所提供的证据的可靠程度也受到一定影响。在这种情况下，人民法院即应该主动全面地收集和调查这一具体行政行为是否存在的证据。

（三）关于具体行政行为的适当性或合理性问题。涉及行政处罚是否显失公正有一个以什么标准作参照的问题，也有一个公与不公的比较问题，诸如通常所说的畸轻畸重，同样情况，不同对待，不同情况，同样对待，反复无常等表现。对这些表现进行比较的证据由谁来提供，是否还是采取由被告负举证责任的原则，或者由原告提供证据？如果要求被告提供以往作出的同类具体行政行为的情况供法院进行比较，显然是要求被告提供与本案无关的证据，被告完全有理由予以拒绝。如果原告仅以“处罚显失公正”为由提起变更之诉，由于他在收集和调查有关证据时，很难得到积极配合，所以，只能提供某行政机关以往处理同类案件的一些情况或印象。在这种情况下，有关具体行政行为是否显失公正的证据收集和调查问题，无疑只能由人民法院主动全面地去收集和调查。因为法院既不能责令行政机关提供与本案无关的其他具体行政行为的证据材料，也不能简单驳回原告诉讼请求。在司法实践中，原告以“处罚显失公正”为由提起变更之诉的，一般发生在两种场合：一种是具体行政行为对基本相同的情况作出的处罚都在法定幅度以内，但对其他当事人处罚为轻，而对原告处罚为重。另一种是具体行政行为对基本相同的情况作出的处罚，对部分当事人在法定幅度以内，对部分当事人在法定幅度以外。在第二种场合又有两种情形：一是对原告的在法定幅度以内的处罚合法，而对其他当事人在法定幅度以下违法减轻或免除处罚。二是对其他当事人在法定幅度以内处罚合法，而对原告在法定幅度以上违法加重处罚。对行政处罚显失公正的证据调查收集实际上只存在于第一种场合，因为只有在这种场合才存在法定幅度以内的具体行政行为对原告与其他当事人处罚是否公正的比较问题。在第二种场合第一种情形之下，人民法院只有判决维持原具体行政行为或裁定驳回原告诉讼请求，对行政机关违法减轻或免除处罚的行为只能作出司法建议；在第二种情形之下，人民法院可以直接判决撤销违法加重处罚的具体行政行为。因此，在第二种场合不存在由人民法院主动全面调查收集行政机关具体行政行为显失公正的证据问题。

四.“在诉讼过程中，被告不得自行向原告和证人收集证据”与“人民法院有权要求当事人提供或者补充证据”的关系

《中华人民共和国行政诉讼法》第33条规定：“在诉讼过程中，被告不得自行向原告和证人收集证据。”第34条一款规定：“人民法院有权要求当事人提供或者补充证据。”第34条中的“当事人”无疑包括原告、被告和第三人。这就出现了第33条中“被告不得自行向原告和证人收集证据”与第34条中，人民法院有权要求当事人（被告）提供或者补充证据的关系问题。这里所说的关系主要有两个方面：一是被告不得自行收集证据和应要求可以提供或补充证据的关系；二是收集证据与提供和补充证据的关系。问题的实质在于区别究竟是第一个方面还是第二个方面。对于这一问题有两种不同认识：一种意见认为第33条和第34条的区别在于第一个方面，即认为在诉讼过程中被告不得自行向原告和证人收集证据，但应人民法院要求的，则可以调查和收集证据，第34条只是一个例外规定。另一种意见认为第33条和第34条的区别在于第二个方面，即对于被告而言、收集证据与提供和补充证据是两个完全不同的概念，收集证据

实质上是指重新调查和收集在作出具体行政行为时本不具备的证据,提供和补充证据则是向法院提交在作具体行政行为时曾经所依据的但诉讼中未向法院移送的证据。前者认为在行政诉讼中被告不能重新调查收集证据是相对的,后者则认为在行政诉讼中被告不能重新调查收集证据是绝对的,这完全是由于对这一关系的不同理解所产生的两种截然不同的认识。这两种认识在司法实践中将会引起什么样的后果是可想而知的。

那么,根据行政行为与行政诉讼的属性和特点,或者根据《行政诉讼法》的立法精神,对于《行政诉讼法》第33条和34条之间的关系究竟应作何理解?我们认为应作第二种理解。其理由:第一,"先取证、后裁决"是对具体行政行为的基本要求,这个要求既是程序上的要求,也是实体上的要求,只有在证据充分可靠的前提下,具体行政行为才能合法,如果要求诉讼中被告重新调查取证,本身就表明已作出的具体行政行为证据不足。这种具体行政行为的先天不足也并不因经法院或某个权威机关的认同或认可而消除,也并不存在经法院要求而重新调取的证据即属合法,非经法院要求调取的证据即属违法的问题。因为法院的职责只是审查被告已作出的具体行政行为。第二,具体行政行为证据是否充分可靠,是法院对具体行政行为合法性审查的主要内容之一。证据充分可靠是具体行政行为合法性的基础,没有充分可靠的证据,具体行政行为的合法性就无从谈起。法院审查具体行政行为的合法性,也是审查已经作出的具体行政行为是否合法,如果法院要求被告重新调查取证被告即可重新调查取证,且这种重新调查取证也属合法的话,那么,一切没有建立在充分可靠证据的基础上所作的具体行政行为,都可以采取"法院要求"这一主观决定客观的形式重新调查收集所谓证据而顺利通过合法性审查。在这种情况下,合法性审查已经名存实亡,变得毫无意义了。第三,应法院要求被告重新调查收集证据,所产生的后果是十分不利甚至是有害的。在调查收集的手段上,为了证明自己所作的具体行政行为合法,行政机关的某些工作人员有可能借此机会采取弄虚作假、甚至刑讯逼供收集证据,为不法取证开了方便之门。在调查收集的结果方面,即使取得了能够证明已作出的具体行政行为合法的证据,也具有很大的偶然性,或纯属巧合,绝不能够证明在作出具体行政行为时所依据的证据是充分可靠的,因而它对于证明原具体行政行为的合法性缺乏证明力。在调查收集证据的运用上,如果由法院采纳重新调查收集来的证据,法院是无法代替行政机关运用新的证据作出新的具体行政行为的。否则就会混淆行政程序和诉讼程序两个性质完全不同的阶段,使具体行政行为出现反复性,多变性。

《行政诉讼法》第33条所使用的"收集证据"和第34条所使用的"提供或者补充证据"是两个不同的概念。其一,对象不同。收集证据的对象,《行政诉讼法》明确规定,是原告和证人,也即向原告和证人收集才称为收集;提供和补充证据的对象是法院,也即向法院提供和补充证据。其二,前提条件不同。收集证据的前提是行政机关作出具体行政行为时不具备该证据,在诉讼阶段才进行的调查提取工作;提供或补充证据的前提是该证据在作出具体行政行为时已作为证据被采纳,在行政诉讼阶段应向法院做提交证据的工作。其三,方式不同。收集证据的方式是按照法律规定调查收集证据的方式进行,不得有违法收集证据的情形发生;提供和补充证据的方式是未向法院提交的主要证据向法院提供,或者主要证据已经提交而将一些次要证据向法院补充,提供和补充证据可以且一般也应主动作出,也可以应法院要求而作出。

坚持在诉讼过程中被告应法院要求可以重新调查收集证据观点的人认为,在下列情况下法院可以要求被告重新调查取证:即具体行政行为有瑕疵;原告在行政程序中未提出而在诉讼程序中提出了反证或新问题。我们认为这不是构成被告可以在诉讼中重新调查收集证据的理

由。(1)如果具体行政行为有瑕疵,只要主要证据充分,不影响具体行政行为整体合法性的,法院即应判决维持,但应指出具体行政行为的瑕疵,或提出司法建议。(2)如果原告能在诉讼中提出反证或新问题,这本身已说明被告在行政程序中收集调查所得的证据欠全面,那么,法院的判决只能是撤销具体行政行为,或者在判决中指出其瑕疵。

如果在诉讼过程中,被告获得新的证据,需要对原作出的具体行政行为加以变更或撤销,根据《行政诉讼法》第51条的规定精神是允许的,这种对原具体行政行为的变更或撤销属另外一个行政程序,所作的改变原具体行政行为的行为实质上也是一个新的具体行政行为。作为一个新的行政程序和新的具体行政行为,当然行政机关有权调查和收集证据,而不存在法院要求其调查收集证据的问题。由于被告改变或撤销了被诉的具体行政行为,原告申请撤诉时,法院要先审查被改变的新的具体行政行为的合法性,在这种情况下,行政机关据以改变原具体行政行为的新证据,法院当然要认为是改变后的新的具体行政行为的证据。经法院审查不准许原告撤诉的或原告不申请撤诉的,法院应继续审查被诉的原具体行政行为,这时,被告新获得的据以改变原具体行政行为的新证据,自然不能作为被诉的原具体行政行为的证据。

五.法院要求当事人提供或补充证据的条件

《行政诉讼法》第34条第一款规定:"人民法院有权要求当事人提供或者补充证据。"法院在什么情况下要求原告或被告提供和补充证据,应根据案件的具体情况加以确定,但法院对原告和被告提供或补充证据的要求是不同的。

(一)法院要求原告提供和补充证据的情况

法院要求原告提供和补充证据一般有下列几种情况:(1)要求提供具体行政行为存在的证据。一般来说,具体行政行为应采用书面形式,但也有违反程序规则采用了口头形式的,例如罚款没有处罚通知书,甚至不开收据,不开收据往往不仅是程序违法,内容也多有违法。如果没有证据证明该行为的存在,实施这一行为的行政工作人员就有可能否认,如果原告举不出这一行为存在的证据,法院也就可能因无法找到立案的证据,而不能决定立案受理,故有权要求原告提供和补充具体行政行为存在的证据,否则,有可能导致法院裁定不予受理。(2)要求原告提供所主张事实的证据,如果原告举不出任何证据,人民法院也可能裁定不予受理或驳回起诉。(3)要求提供反驳被告答辩理由的证据。当然原告提不出或不提出反证并不影响人民法院判决撤销或变更具体行政行为,但原告如能提供有力的反驳证据,对于他的诉讼请求的成立和证明具体行政行为的违法将产生重要甚至决定的作用。(4)要求原告提供所主张赔偿权利的证据。原告请求行政机关赔偿的,人民法院有权要求原告举出证明损害事实的发生与存在,损害同具体行政行为之间的因果关系,损害的程度,损害赔偿的依据等方面的证据。如果原告举不出有关证据,他的主张就不能得到人民法院的支持或判决将无法满足他的赔偿请求。

(二)法院要求被告提供或补充证据的情况

被告提供或补充的证据有一个前提条件,即这些证据必须是作出具体行政行为的依据,也即在行政程序中已经采用过的证据,而不是在诉讼阶段重新调查收集到的证据。一般来说,法院要求被告提供或补充证据有下列几种情况:(1)要求提供实施具体行政行为的证据。(2)要求提供不作为合法的证据。(3)要求提供适用法律、法规和其他规范性文件的证据。(4)要求提供证明具体行政行为属于其职权范围的证据。(5)要求提供证明其他行政行为符合法定程序的证据。与程序有关的证据主要包括记录、通知、送达、回执、签名等。(6)要求提供具体行政行为并

无违背法律宗旨的证据。具体行政行为背离法律目的和基本原则即为滥用职权,当有关当事人或人民法院对具体行政行为的目的产生疑问时,人民法院即有权要求被告提供有关的证据,一般包括无以权谋私的证据,无不相关因素影响的证据,无随心所欲、方式违法的证据。(7)要求提供关于行政处罚合理的证据。

六.行政复议程序中的调查收集证据对行政诉讼程序的影响

关于行政复议阶段作出具体行政行为的行政机关或行政复议机关能否调查收集证据,《行政复议条例》并无规定,那么,《行政诉讼法》第33条的规定对行政复议阶段行政机关的调查收集证据是否具有影响力或间接约束力?在行政诉讼阶段法院是否能够以"先裁决,后取证"为理由否定作出具体行政行为的行政机关或行政复议机关补充或调查收集的证据?对于这个问题作如下分析:

(一)"先取证,后裁决"是程序法上的一个基本原则,这个原则是存在决定意识规律的基本要求,也是保证行政行为实体合法的基本程序要求,对于这一原则的执行不允许也不应该有任何例外出现,当然在行政复议阶段也不能出现"先裁决后取证"的情况。

(二)无论行政复议阶段还是行政诉讼阶段都不能用重新调查收集的证据作为证明正在接受审查的具体行政行为即原作出的具体行政行为合法性的证据加以运用,这是"先取证,后裁决"规则的必然要求。在行政复议阶段接受审查的具体行政行为就是行政机关原作出的具体行政行为,在行政诉讼阶段接受审查的是被行政复议机关维持的原具体行政行为或被行政复议机关改变后作出的新的具体行政行为。"先取证,后裁决"规则导致的结果是:在行政复议阶段,作出原具体行政行为的机关不能调查收集新证据;在行政诉讼阶段被行政复议机关维持的作出原具体行政行为的行政机关,或改变了原具体行政行为的行政复议机关,均不能调查收集新证据。否则,这种审查本身就已变得毫无意义。

(三)行政复议机关在行政复议阶段调查收集证据是必要的、可行的、合法的。既然行政复议机关对原具体行政行为是全面审查,既然行政复议机关对原具体行政行为可以变更,甚至撤销,如果它还不能行使调查收集证据的权力,那么行政复议既谈不上全面审查,也有可能因无法取证而失去变更或撤销的基础和依据。既然人民法院要审查行政复议机关改变原行政行为之后新作出的具体行政行为,那么,行政复议机关在行政复议阶段可以调查收集证据是毫无疑问的。

(四)人民法院对行政复议机关在行政复议阶段调查收集证据应加以具体分析。在行政复议阶段,行政复议机关调查收集新证据之后可能出现的后果有二:第一,原具体行政行为在证据问题上有瑕疵,作出简单维持决定;第二,原具体行政行为主要证据不足,行政复议机关调查收集到新证据,并依据这些证据作出改变决定。根据我国《行政诉讼法》第25条第二款的规定,在第一种情况下,由作出具体行政行为的行政机关作被告,在第二种情况下,由改变原具体行政行为的行政复议机关作被告。这就是说在两种不同的情形之下,人民法院审查的对象是不同的:前者,人民法院审查的是原具体行政行为;后者,人民法院审查的是行政机关的行政复议决定。这样一来,问题就十分明显了。在第二种情形之下,行政复议机关对原具体行政行为经过全面审查,在重新收集证据的基础上,对原具体行政行为进行了改变,实质上是作出了一个新的具体行政行为,这是以新证据为基础进行裁决,因而仍然是先取证后裁决,在这里不存在先裁决后取证的问题。在第一种情形之下,情况就不同了,这里有两个问题:一是行政复议的维持

决定在形式上看来是对具体行政行为的肯定，但实际上则是否定。既然行政复议机关调查收集到了新的证据，即说明原具体行政行为调查收集证据是不全面的，这是一个有瑕疵的具体行政行为。行政复议机关简单予以维持不指出其瑕疵，是形式和内容相矛盾的行政复决决定。二是人民法院以作出原具体行政行为的行政机关为被告，只审查原具体行政行为的合法性，行政复议机关调查收集到的新证据不予采纳，它不能用作证明被诉的行政机关作出的具体行政行为合法性的证据，否则即为先裁决后取证。

（作者单位：珠海市中级人民法院行政庭）

责任编辑：刘翠霄

书　　讯

《过失犯罪论》出版

中国政法大学侯国云撰著的《过失犯罪论》将在1993年3月由人民出版社出版。全书分绪论、总论、分论三部分，对过失犯罪的立法沿革、心理机制、客观表现、刑事责任、疑难问题、特殊形态、共同过失以及一些具体过失犯罪，如交通肇事、重大责任事故、玩忽职守等作了详尽的论述。本书具有较强的理论性和实践性。是新中国成立以来第一本全面系统论述过失犯罪的理论专著，不仅适合于从事刑法理论研究和司法实践的同志阅读，也适合于国家机关、厂矿企业、交通运输等部门职工阅读。该书订价11.5元（含邮费），欲购此书者请按下列办法汇款：

邮局汇款：北京市海淀区学院路41号中国政法大学刑法教研室侯国云收。

邮政编码：10088

需要发票者请在汇款单上注明。

联系电话：(01)4912228-2035