

行政诉讼客观证明责任分配的基本规则

江必新 徐庭祥*

摘要 我国行政诉讼制度对客观证明责任分配的现行规定仍然存在法律空白,应当通过建构责任分配的基本规则予以填补。应以行政职权为中心,规定由行使行政职权的当事人对职权形成要件承担客观证明责任;主张不行使行政职权的当事人,对职权妨碍要件、职权消灭要件、职权排除要件应承担客观证明责任。该基本规则具有普适性、明确性和确定性,可为行政诉讼客观证明责任分配提供稳定预期,也可填补现行制度未规定行政相对人负客观证明责任若干情形的法律空白。

关键词 行政诉讼 客观证明责任 规范说 举证责任

我国行政诉讼法实施三十年来,经过2014年修订和2018年新司法解释发布,日臻完善。然而,该领域仍有诸多问题未得到解决,须进一步改进。其中一个亟待完善的方面即为行政诉讼的客观证明责任分配问题。客观证明责任以解决案件事实真伪不明为目的,^[1]具有规范

* 中南大学教授;西南政法大学刑事侦查学院讲师。

[1] 真伪不明状态在我国行政诉讼司法实践中普遍存在,符合人类认知存在局限的现实。有研究在案例分析中完整转述了法官对自己处于真伪不明心证状态的陈述,参见沈岗:“行政诉讼举证责任个性化研究之初步”,《中外法学》2000年第4期,第456页。也有论者认为我国诉讼制度中不存在真伪不明,参见季桥龙:《民事举证责任概念研究》,中国政法大学出版社2011年版,第145页。我们不赞同这种观点,因为司法实践中,行政机关是否履行了告知义务、行政相对人是否向行政机关提交了申请、职工受伤是否属于工伤、行政相对人是否真的应当受到处罚的违法行为等等,都可能存在真伪不明。

各方当事人有序进行事实证明活动、促进发现案件事实的制度功能,^{〔2〕}是一项诉讼制度有效运行的基础。但在我国行政诉讼制度中,现有的举证责任^{〔3〕}相关规定不能解决客观证明责任分配问题,这实际上造成相关制度的空白。“不能认为除了《证据规定》所规定的被告对作出的具体行政行为承担责任和原告就起诉的事项承担举证责任外,其余的就不涉及举证责任分配问题。其实,除了《行政诉讼法》《若干解释》和《证据规定》所规定的情形以外,还有大量的待证事实需要分配举证责任。这些没有规定的就属于法律空白。这些空白需要我们根据法理、立法精神进行填补。”^{〔4〕}

本文认为,应当通过建构我国行政诉讼客观证明责任分配的基本规则,来弥补现行制度存在的法律空白。申言之,要按照行政实体法和行政诉讼制度的特殊性重新对规范说(Normentheorie)进行阐释和表述,进而提供我国行政诉讼客观证明责任分配的基本规则,以弥补现行制度的不足。

一、我国行政诉讼客观证明责任分配的法律空白

客观证明责任,是指法官最终对争议事实的心证处于真伪不明时,由一方当事人承担的败诉后果。^{〔5〕}客观证明责任的目的在于解决真伪不明时法官如何裁判的问题。大陆法系认为,法院依自由心证原则进行事实认定有三种结果:确信待证事实存在;确信待证事实不存在;待证事实是否存在真伪不明,即无法形成内心确信,既无法确信存在,也无法确信不存在。真伪不明时,法官裁判由承担客观证明责任的一方来承担败诉后果,从而克服真伪不明给法院裁判带来的困境。

然而,我国行政诉讼制度关于举证责任分配的现行规定,并没有完备地解决客观证明责任分配问题。我国《行政诉讼法》第34条第1款规定:“被告对作出的行政行为负有举证责任,应

〔2〕 虽然客观证明责任的直接目的是解决案件事实真伪不明,但其也有利于避免证明结果出现真伪不明,有利于避免得出错误的事实结论。客观证明责任通过在当事人之间合理分配真伪不明的风险,促使双方当事人尽力证明各自的事实主张,使当代诉讼制度中的辩论原则发现事实真相功得以最好发挥。参见(德)莱奥·罗森贝格:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第71—74页。

〔3〕 虽然客观证明责任的内涵与功能已经形成共识,然而客观证明责任与我国《行政诉讼法》规定的“举证责任”概念之间的关系问题仍有争议。但本文着力于解决行政诉讼中的真伪不明,故暂时回避“客观证明责任”与“举证责任”两个概念的关系问题,而将“举证责任”等同于“客观证明责任”。其实,如果更侧重从结果意义上使用我国《行政诉讼法》规定的“举证责任”概念时,举证责任本来就与客观证明责任的涵义相同,参见马怀德:《行政诉讼原理(第二版)》,法律出版社2009年版,第243页。

〔4〕 江必新:“适用《关于行政诉讼证据若干问题的规定》应当注意的问题”,《法律适用》2003年第10期,第13页。

〔5〕 已经有学者将客观证明责任应用于行政诉讼研究。参见朱新力:“行政诉讼客观证明责任的分配研究”,《中国法学》2005年第2期,第66页;吕立秋:《行政诉讼举证责任》,中国政法大学出版社2001年版,第10页。

当提供作出该行政行为的证据和所依据的规范性文件。”这一条款是我国行政诉讼客观证明责任分配的原则性规定。按照对该条款的传统理解,除法律明确规定由行政相对人承担客观证明责任的外,行政诉讼中其他待证事实均由行政机关承担客观证明责任:“原告主张,被告举证,是行政诉讼举证责任分配的规律性原则”。〔6〕但这样的理解并不能令人满意,因为实践中存在第34条第1款无法圆满解决的客观证明责任分配争议。以下试举三例予以说明。

(一) 免于申领取水许可事项的客观证明责任分配争议

在“湖南省第六工程有限公司诉新乡市卫滨区水利局行政处罚纠纷案”〔7〕中,就存在《行政诉讼法》第34条第1款不能解决的客观证明责任争议。

该案基本案情为:2013年7月10日,被告新乡市卫滨区水利局执法人员到原告湖南省第六工程有限公司的建筑工地调查,发现原告“未经批准擅自取用地下水资源用于该单位建筑施工用水”。原告诉称没有被告认定的违法事实,其取水工程师进行的地下工程疏干排水,是为保障地下工程施工安全和生产安全而必须进行的临时应急措施。

该案涉及的法律规范为《取水许可和水资源费征收管理条例》(以下简称“《取水条例》”)第4条:“下列情形不需要申请领取取水许可证:①农村集体经济组织及其成员使用本集体经济组织的水塘、水库中的水的;②家庭生活和零星散养、圈养畜禽饮用等少量取水的;③为保障矿井等地下工程施工安全和生产安全必须进行临时应急取(排)水的;④为消除对公共安全或者公共利益的危害临时应急取水的;⑤为农业抗旱和维护生态与环境必须临时应急取水的。”

由此,该案争议焦点在于原告是否符合《取水条例》规定的“临时应急取(排)水”,这一待证事实应当由谁负客观证明责任?

如果按照对《行政诉讼法》第34条第1款的传统理解,该待证事实无疑应当由被告行政机关对原告是否属于“临时应急取(排)水”负客观证明责任。那么,当心证真伪不明时,法官应当判决被告行政机关败诉。然而,如此分配举证责任会产生如下影响:在任何一起对未经许可取水进行处罚的案件中,行政机关在行政程序中均要对相对人是否存在《取水条例》第四条规定的五种情形逐一调查取证,否则一旦行政相对人主张其存在该第四条规定的任何一种情形,认为自己不应当受到处罚,行政机关将因在行政程序中未调查取证而败诉。这样的结果显然是不切实际的。“在行政行为种类越来越复杂的背景下,无论何种样态的行政行为均由行政机关举证,既不合理,也不科学。”〔8〕

一种替代性的思路是:把《取水条例》第4条理解为行政相对人未经许可取水应受处罚的免责事由,进而主张免责事由应当由行政相对人承担客观证明责任。但问题在于《行政诉讼法》第34条第1款,或者我国行政诉讼客观证明责任分配规范体系中的任何一个条款,都没有

〔6〕 刘善春:“行政诉讼举证责任分配规则论纲”,《中国法学》2003年第3期,第71页。

〔7〕 河南省新乡市卫滨区人民法院(2014)卫滨行初字第1号行政判决书。

〔8〕 江必新:“完善行政诉讼制度的若干思考”,《中国法学》2013年第1期,第14—15页。

区分且不能够识别应当处罚的事项与免责事由,进而也无法对两者作出不同的客观证明责任分配。更值得关注的是,当前关于行政诉讼客观证明责任分配的理论,也缺乏能支撑将免责事由之客观证明责任分配给行政相对人的有效学说。一个在经验常识中正确的客观证明责任分配,却找不到法律依据和理论支撑,这恰恰揭示了制度的缺陷和理论的不足。

(二) 政府信息是否准确的客观证明责任分配争议

上述案例反映的客观证明责任分配争议并非孤例。在政府信息更正之诉中,对政府信息是否准确的客观证明责任分配也存在争议。《最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》对问题进行了规定,一是第5条第3款“被告拒绝更正与原告相关的政府信息记录的,应当对拒绝的理由进行举证和说明”;二是第5条第7款“原告起诉被告拒绝更正政府信息记录的,应当提供其向被告提出过更正申请以及政府信息与其自身相关且记录不准确的事实根据”。不难发现,这两个条款对政府信息是否准确的待证事实,分别对原告和被告都提出了举证要求,却留下了当政府信息是否准确真伪不明时,应由哪一方承担客观证明责任的问题。

此时,只有寄希望于《行政诉讼法》的一般规定。然而,如果按照对《行政诉讼法》第34条第1款的传统理解,应当由被告行政机关对政府信息是否准确负客观证明责任,当法官心证对信息是否准确真伪不明时,法官应当判决被告败诉。这意味着在原告提起政府信息更正申请的诉讼中,原告就可以不用提供任何证据,只要行政机关不能证明信息准确,行政机关就应当进行更正,这显然是不符合常理的。因此,这一争议也无法通过适用《行政诉讼法》第34条第1款来解决。可见,对政府信息是否准确的客观证明责任分配,同样存在法律空白。

(三) 行政协议纠纷的客观证明责任分配争议

与以上两例相比,《行政诉讼法》第34条第1款在行政协议纠纷中的不适应性更加明显。例如,当行政相对人以行政机关存在胁迫订立行政协议、损害国家利益的情形为由,请求判决行政协议无效时,由行政机关对其不存在胁迫情形承担客观证明责任显然是不恰当的。因此,甚至有法官在行政协议纠纷的裁判中明确拒绝适用《行政诉讼法》第34条第1款,即“行政诉讼关于被告对被诉行政行为合法性负举证责任的规则,适用于对体现行政机关意志的相应行政行为的审查,对行政协议诉讼不能简单适用。”〔9〕在《行政诉讼法》明确将行政协议纳入行政行为范畴的前提下,法官拒绝适用规定行政行为举证责任的《行政诉讼法》第34条第1款,只有在现行规定存在法律空白的情况下才具有合法性,法官才可以运用司法权填补法律空白。《行政诉讼法》第34条第1款对行政协议纠纷的不适应性正属于这种法律空白。

从前述三个例子可以看到,我国行政诉讼现行制度对客观证明责任分配的规定存在法律空白,需要理论研究提出行之有效的填补办法。

〔9〕 河南省高级人民法院(2016)豫行终556号行政判决书。

二、填补法律空白的路径选择：探寻基本规则而非依赖法官裁量

在理论研究中,针对我国举证责任分配的法律空白,有论者提出行政诉讼客观证明责任由法官自由裁量分配的观点:“举证责任的分配需要法官针对具体争议点、考量多种因素来完成,切不可通过解释成文法律规定来创设单一固定模式并拘泥于其中,也务必避免受某种定位于单一固定模式的学理解释的禁锢。”^{〔10〕}“摆脱对制定法和各种理论所确立的举证责任规则的迷信,转而通过对与具体情境相关社会价值的衡量,追求一种实质合理性。”^{〔11〕}本文认为:客观证明责任分配不能依赖法官自由裁量,而应通过制定在前的分配规则来填补制度空白。

(一)由法官自由裁量破坏客观证明责任的制度功能

法官自由裁量分配客观证明责任,能够在真伪不明时由法官裁量决定原告或者被告败诉,表面上也可以解决真伪不明的争议,但实际上会破坏客观证明责任的制度功能。其理由有二。

首先,这会破坏对诉讼结果的预测功能。“证明责任的有规律的和始终如一的分配,是法安全性的先决条件。”^{〔12〕}当事人在掌握自己承担客观证明责任的这部分证据时,即可预测自己胜诉,从而敢于提起诉讼,以使实体权利得到应有的救济。此时如果让法官裁量,则当事人在裁判前无法知道法官要将某一待证事实的客观证明责任分配给谁,故只有做好万全的准备,收集全部证据才敢起诉,以防法官在诉讼中将本由对方所负的举证责任分配给自己。可见,法官裁量决定客观证明责任分配会破坏客观证明责任制度的结果预测功能,对司法公正造成不良影响。“证明责任的规定必须产生一个固定的、于具体诉讼的偶然性无关的结果,对于法官来说这个结果是一条安全指路牌,对于当事人来说,在他们决意参与诉讼之前就一定能考虑到这一结果。”^{〔13〕}

其次,由法官裁量决定客观证明责任分配,无法实现促进证明活动有序进行的前置影响功能。为了避免最后的证明结果是真伪不明,当事人必然要对自己负客观证明责任的待证事实积极举证,故客观证明责任决定主观证明责任,即当事人需要就哪些要件事实首先提供证据。可见,何时该由哪方当事人提出事实主张并提供证据,何时该由哪方当事人提出反驳并提供证据,都由客观证明责任决定。因此,如果由法官裁量分配客观证明责任,当事人将在举证期限届满后也无法确定自己是否正确履行了主张责任和主观证明责任,也无法确定自己是否会因此而败诉。这显然破坏了客观证明责任促进证明活动有序进行的前置影响功能。因此,“举证责任的分配必须采用一般抽象的形式。按照法官自由心证或者按照公正性、盖然性对举证责

〔10〕 沈岿,见前注〔1〕,第456页。

〔11〕 何海波:“举证责任分配:一个价值衡量的方法”,《中外法学》2003年第2期,第129页。

〔12〕 罗森贝克,见前注〔2〕,第68页。

〔13〕 罗森贝克,见前注〔2〕,第68页。

任进行个案式的分配是不可想象的。”〔14〕

（二）由法官自由裁量分配客观证明责任不合法

由法官裁量分配客观证明责任还会造成对实体法的篡改。这是因为实体法已经规定了当事人之主张得到法院支持需要满足的要件事实,但在法官裁量分配客观证明责任的情况下,法官实际上可以任意增加或者减少当事人主张得以成立的要件事实,正如美国学者埃尔曼所言:“举证规则可能使实体法规则完全不起作用”。〔15〕实体法以诉讼请求与抗辩、抗辩与再抗辩的逻辑关系来规范调整对象,哪些事实是诉讼请求根据的事实,哪些是抗辩的事实,都是由法律规定的,而不可由法官自由裁量。如果允许法官自由裁量分配客观证明责任,则必然导致法官能够将法律规定属于诉讼请求的事实交由被告承担客观证明责任,将属于抗辩的事实交由原告承担客观证明责任,这样做无疑是违反实体法的。“法律不能让法官任意进行属于诉讼事由、属于抗辩的裁决。证明责任的规定必须以法律规范来实现,允许上告法院对它的适用进行审查。”〔16〕换言之,实体法的逻辑结构已经包含了立法者对客观证明责任的分配,这也意味着禁止法官在一般情况下对客观证明责任分配进行裁量。

综上所述,由法官裁量不仅破坏客观证明责任的制度功能,还有违实体法,只有事先明确的规则才能保障其制度功能的合法实现。“哪一方当事人应当承担重要的和有争议的事实主张的不可证明性的不利后果的问题,必须根据固定的、抽象的法律规则来加以回答。理论界不能也不允许放弃寻找这样的规则,实践需要它们,实践要求理论界找到这样的规则。”〔17〕

三、我国传统举证责任分配标准不能作为基本规则

要以建构基本规则的方式填补客观证明责任分配的法律空白,该基本规则就必须是一元而非多元的。唯此方能在遇有法律空白时,确定地适用该一元的基本规则,而不用在多元的基本规则中进行选择,因为这样的选择又会使客观证明责任分配落入法官自由裁量的范畴。然而,我国行政法学界长期以来将多种标准同时作为行政诉讼客观证明责任分配的根据,主要包括:有利于监督依法行政;有利于保障行政相对人合法权益;有利于发挥行政机关的举证优势等等。〔18〕这些标准虽然在形式上符合基本规则一般、抽象的要求,但都存在普适性和明确性不足的缺陷,并最终将客观证明责任的分配归于法官自由裁量,难以实现客观证明责任的制度目的与功能。

〔14〕 (德)普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2006年版,第517页。

〔15〕 (美)埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方等译,三联书店1990年版,第171页。

〔16〕 罗森贝克,见前注〔2〕,第68页。

〔17〕 罗森贝克,见前注〔2〕,第104页。

〔18〕 姜明安:《行政法与行政诉讼法》(第六版),北京大学出版社2015年版,第461—462页。

(一)我国传统分配标准的缺陷

1.不具有普适性

普适性是一元基本规则的必然要求。一项诉讼制度中,除特殊的客观证明责任倒置外,基本规则应当能够涵盖所有的一般客观证明责任分配规定,如此才能确立其普适性。但我国传统的行政诉讼举证责任分配标准与现行制度中对客观证明责任的分配并不完全相符。比如有利于监督依法行政的分配标准与《行政诉讼法》第38条第1款不符,因为行政相对人是否提出申请由行政机关承担客观证明责任显然更有利于监督依法行政,^[19]但现行制度并没有做这样的规定,说明《行政诉讼法》第38条第1款并非以有利于监督依法行政作为其分配客观证明责任的根据。又如有利于保护行政相对人合法权益的分配标准同样与《行政诉讼法》第38条第1款不符,因为由行政机关对原告是否提出申请承担客观证明责任更有利于保护相对人的合法权益。

因此,有利于监督依法行政、有利于保障行政相对人合法权益等标准,不能解释《行政诉讼法》第38条第1款对客观证明责任的分配,故这些传统的分配标准之观点并不能完全涵盖现行制度分配客观证明责任的基本规则,而仅能解释部分客观证明责任分配条款。基本规则需要具备普适性,才能具有规范性,“要让这些原则能够直接帮助法官进行判决,亦即主张他们具有法律效力,而不是拿这些所谓的原则来对现有的法定证明责任分配的立法目的进行解释。”^[20]因此,有利于监督依法行政等传统标准无法作为我国行政诉讼客观证明责任分配的基本规则。

2.明确性不足

实际上,我国传统分配标准理论大多以某种实质公平理念作为依据。考虑与证据的距离远近及控制证据的情况、考虑待证事实发生的盖然性、考虑举证的难易程度等等,^[21]都是在考量如何更加公平合理地分配客观证明责任。但这里的问题是:不能以某种实质公平理念作为基本规则,因为存在明确性不足的缺陷。以考虑待证事实发生的盖然性作为分配标准为例,有论者将盖然性作为《国家赔偿法》第26条第2款的分配依据,即“对于绝大多数公民来说,是不会,也不敢去无中生有找行政机关麻烦的。”^[22]那么,这样的盖然性推论能否作为行政诉讼客观证明责任分配的基本规则呢?答案是否定的,因为《行政诉讼法》第38条第1款就与这样的盖然性推论不符,其并未以绝大多数公民不会找行政机关麻烦为由而规定行政机关对行政相对人提出申请负客观证明责任,而是作出了相反规定。因此,类似盖然性推论这样的以实质公平理念作为分配依据的标准,最多只能解释部分分配规定,但无法作为基本规则,原因在于

[19] 对《行政诉讼法》第38条第1款不利于监督行政机关的批评,参见马怀德,见前注[3],第246页。

[20] 普维庭,见前注[14],第344页。

[21] 参见姜明安,见前注[18],第461—462页;梁书文主编:《关于民事诉讼证据的若干规定新解释》,人民法院出版社2006年版,第180页。

[22] 马怀德,见前注[3],第251—252页。

何为实质公平的明确性不足。“根据公正性自由裁量的法官,是依据其感情而不是依据什么原则来裁量的。每一种法安全性均将会消失得无影无踪。因为每个人对公正均有不同的认识。”^[23]因此,如果以明确性不足的实质性标准作为分配规则,最终会使客观证明责任分配落入法官自由裁量的范畴。

(二)我国传统分配标准存在缺陷的原因

我国传统分配标准存在缺陷的根本原因在于试图从实质目的的角度去抽象各个分配规定的共性,这注定是无法成功的。其原因在于不同的客观证明责任分配规定必然包含不同的目的考量,比如前述取水许可纠纷与政府信息更正纠纷,两者客观证明责任分配的价值选择和利益平衡必定是不同的。更多的行政诉讼案件,由于归属于不同行政领域和不同类型的行政法律关系,在分配客观证明责任时更是有千差万别的利益考虑,由原告还是被告承担真伪不明的风险不可能有完全相同的目的考量。但我国传统分配标准理论从目的的角度把握分配规则,试图用单一目的作为客观证明责任分配的基本规则,本身即是一种缺陷,因为“问题的关键在于,立法者必须有足够的立法空间,以便在具体情况下依据不同的立法目的对证明责任做相应的分配。如果试图通过一个或者几个原则来限制,就会导致宪法所不能容忍的对立法者的自由空间的干预。因此,证明责任分配问题就不是正确的实质性依据问题,而是一个立法者的抉择取舍问题。”^[24]

综上,由于普适性不足、明确性不够,传统分配标准理论不能作为行政诉讼客观证明责任分配的基本规则。但通过批判传统分配标准,可以证立行政诉讼客观证明责任分配基本规则应当具备的基本条件,即有一般的抽象形式,同时还需具有普适性和明确性。

四、以规范说作为基本规则

(一)规范说的基本主张及其规范性来源

德国法学家罗森贝克(Leo Rosenberg)提出了客观证明责任分配的规范说:“每一方当事人均必须主张和证明对自己有利的法规范(法律效力对自己有利的法规范)的条件。”^[25]当事人对自己有利的法规范的要件事实承担客观证明责任,这是规范说对客观证明责任分配的基本主张。

规范说本身的规范性来源于法律适用的基本方式,即只有在法规范的要件事实在真实的事件中得以实现时,法规范才会适用于该事件而产生法律效果。因此,要想有利于自己的法规范得到适用或者要想有利于自己的法律效果得以产生,当事人必须证明该对其有利的法规范

[23] 罗森贝克,见前注[2],第97—98页。

[24] 普维庭,见前注[14],第356页。

[25] 罗森贝克,见前注[2],第104页。

之要件事实在真实事件中得以实现,否则将因该法规范不能适用而承担不利后果。这一不利后果的承担,不仅发生在要件事实被证明为不存在时,也发生在要件事实真伪不明时。因此,当法规范要件事实真伪不明时,由主张适用该对其有利的法规范之当事人承担不利后果。可见,规范说的这一基本主张是法律适用基本方式的必然结果。据此,规范说基于法律适用的基本方式,对所有拟适用的法规范之要件事实的客观证明责任分配具有规范性。

(二)规范说的民事诉讼表述及其规范性来源

要把规范说的基本主张用于规范具体案件的客观证明责任分配,还需要阐明何等法规范属有利于原告,何等法规范属有利于被告,从而形成具备足够明确性和确定性的基本规则。^[26]

罗森贝克提出,何等法规范对哪方当事人有利的界定,应当以法体系的普遍结构为基础。他指出,所有的法体系都以一个基本规范和与之相对的相对规范之间的对抗关系作为基本结构。基本规范规定一般通常情况下的法律效果,相对规范则在一般通常情况的基础上规定若干的例外情况,并使这些例外情况的法律效果与基本规范的法律效果相对抗,要么不允许基本规范的法律效果产生,要么将基本规范的法律效果在持续一段时间后消灭,要么将基本规范的法律效果予以排除。

具体到一个诉讼中,一项诉讼请求必定是以一个法规范作为依据的,故可以把作为诉讼请求依据的法规范等同于基本规范;而针对诉讼请求的一项抗辩,必定是以与基本规范相对抗的一个相对规范作为依据。于此,可以把作为诉讼请求依据的基本规范界定为对原告有利的法规范,把作为对抗诉讼请求的相对规范界定为对被告有利的法规范,并进而根据法体系中法规范之间的对抗关系在原告与被告之间分配客观证明责任。换言之,由原告对于己有利的基本规范的要件事实承担客观证明责任,由被告对于己有利的相对规范的要件事实承担客观证明责任。“这是为什么人们将证明责任称为‘民事诉讼的脊梁’的原因,因为将事实材料划分成诉讼理由、抗辩、再抗辩(Replik)等,均是以证明责任为基础的……这种逻辑关系是每一个民事诉讼的骨架。”^[27]

基于这一判断,罗森贝克为了进一步明确民事诉讼中的客观证明责任分配,提出了以权利形成规范作为基本规范,以权利妨碍规范、权利消灭规范与权利排除规范作为相对规范的分
类,^[28]进而提出了规范说的民事诉讼表述:“原告必须对权利形成的事实加以证明,而被告必须对权利妨碍的事实、权利消灭的事实、权利排除的事实加以证明”。^[29]罗森贝克的这一表述被普维庭(Hanns Prütting)承继后成为规范说的经典表述:“如果法官对一个权利形成要件

[26] 参见罗森贝克,见前注[2],第105页。

[27] 参见罗森贝克,见前注[2],第77页。

[28] 参见罗森贝克,见前注[2],第104—107页。

[29] 参见罗森贝克,见前注[2],第113页。

真伪不明,那么请求权人承担不利后果。如果法官对一个权利妨碍要件、权利阻碍要件或者权利消灭要件的事实真伪不明,那么由请求权人的对方当事人承担不利后果。”〔30〕

罗森贝克对法体系基本结构的理解无疑是正确的,因为只要对法律稍加观察,就会发现特定的法体系是由基本规范与相对规范的对抗关系作为基本结构的。罗森贝克主要是在民事领域研究这一对抗关系,〔31〕而我国民事法律同样也以此种对抗关系作为基本结构。〔32〕因此,规范说通常被认为是我国民事诉讼客观证明责任分配的基本规则,并已经由《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第91条〔33〕予以实定化,对我国民事诉讼的客观证明责任分配具有规范效力。

(三)规范说的理论优势

由规范说可知,客观证明责任分配由众多实体法的对抗结构分别决定,其实质理由千差万别,没有一个实质性标准可以成为众多实体法对客观证明责任分配的统一规则。规范说的意义正在于其转换了建构基本规则的方法论视角,从法体系中普遍的对抗结构切入,去把握众多实体法在分配客观证明责任时所具有的形式上的共性——通过基本规范与相对规范的对抗结构进行分配。作为客观证明责任分配的基本规则,规范说具备以下理论优势:

1. 普适性

按照法律适用的基本方式,法律规范要得以适用和产生法律效果,首先要证明其要件事实存在,否则就要承担该法规范不能适用的不利后果。规范说将这一法律适用基本方式的必然结果作为基本主张,将要件事实的客观证明责任分配给该要件事实被证明对其有利的当事人,这对于所有法规范之要件事实的客观证明责任分配具有规范性,也即具有普适性。

2. 明确性

规范说根据法体系中法规范之间的对抗关系,将法规范分为基本规范和相对规范,明确由原告对基本规范承担客观证明责任,由被告对相对规范承担客观证明责任。故只要将争议事实所属的法律规范正确归入基本规范或相对规范,就能明确的得知争议事实的客观证明责任分配结果。因此,规范说具有明确性,能够实现客观证明责任对诉讼结果的预测功能。

3. 确定性

规范说将客观证明责任的分配方法从具体案件的主观领域转移到了实体法的客观领域,

〔30〕 普维庭,见前注〔14〕,第235—236页。

〔31〕 参见罗森贝克,见前注〔2〕,第107—108页。

〔32〕 例如:《民法总则》第19条后半句但书与前半句之间的对抗关系;《民法总则》第36条与第27条、第28条之间的对抗关系;《合同法》第52条与第44条之间的对抗关系。

〔33〕 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第91条:人民法院应当依照下列原则确定举证证明责任的承担,但法律另有规定的除外:①主张法律关系存在的当事人,应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任;②主张法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的当事人,应当对该法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的基本事实承担举证证明责任。

为客观证明责任分配提供了形式约束,要求客观证明责任的分配必须要依据实体法的对抗结构。这同时意味着以法规范的对抗结构作为判断客观证明责任分配的客观标准,使人在诉讼前就能准确地认识特定要件事实的客观证明责任分配。因此,规范说具有确定性,有利于明确当事人的主观证明责任,也有助于实现客观证明责任对证明活动有序进行的前置影响功能。

4. 开放性

规范说的内涵不是分配客观证明责任,而是揭示实体法通过法规范之间的对抗关系分配客观证明责任的方法,^[34]从而帮助我们在面对具体问题时识别实体法对客观证明责任的分配。规范说本身并不直接分配客观证明责任,分配客观证明责任的是规定具体问题的实体法。分配客观证明责任的任何实质正义取向,均可在规范说的框架内,通过不同实体法的对抗结构来体现。立法者也可以通过构造不同的基本规范与相对规范之对抗关系,规定不同的客观证明责任分配,以实现不同的立法目的。因此,不同于传统实质性分配标准理论只能容纳一种实体目的,规范说具有开放性,以规范说作为基本规则符合众多客观证明责任分配服务于不同实体目的这一客观情况。

5. 合法性与实体公正性

由于规范说本身并不直接分配客观证明责任,而是由规定具体问题的实体法来分配,故规范说不会对实体法的篡改,应用规范说分配客观证明责任具有合法性。同时,规范说使客观证明责任分配与实体法的价值目标保持一致,使分配结果更符合实体法的实体价值取向。这也是被批评为过度形式化^[35]的规范说对客观证明责任的分配总能与实体公正相符的原因。“将举证责任分配的基本规则与众多的实质性原则作一番比较可以得出结论,基本规则和规范说不是程序法的形式上的构造,相反,它由各个实质性依据所决定,因而具备实体公正性。”^[36]

(四) 规范说对行政诉讼的规范性

规范说基于法律适用的基本方式与法体系中普遍存在的对抗结构来分配客观证明责任,不光可以适用于民事诉讼,对行政法领域同样具有规范性。这是因为行政法适用的基本方式与其他法律领域是相同的。当行政法的要件事实真伪不明时,同样应当由要求适用该行政法规范的当事人承担不利后果。因此,规范说提出的“对法规范要件事实的真伪不明,由适用该法规范对其有利的当事人承担不利后果”,也应当是行政法领域客观证明责任分配的基本规则。

具体而言,我国行政法体系同样以基本规范与相对规范的对抗关系作为基本结构。以《治

[34] 关于实体法对客观证明责任预置的详细论述,可参见陈刚:《证明责任研究》,中国人民大学出版社2000年版,第275页;毕玉谦:“举证责任分配体系之构建”,《法学研究》1999年第2期,第48页。

[35] 对规范说形式化的批判,参见(日)盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第359页;梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1996年版,第61页;陈刚,见前注[34],第185页。

[36] 普维庭,见前注[14],第517页。

安管理处罚法》第9条为例,^[37]该条前两句与《治安管理处罚法》第43条“殴打他人”应受处罚以及第49条“故意损毁公私财物”应受处罚的法规范之间,构成对抗关系。当“殴打他人”或“故意损毁公私财物”的应罚情形存在第9条前两句规定的“经公安机关调解,当事人达成协议的”例外情况时,第43条和第49条的法律效果因受第9条前两句对抗而被排除。另外,第9条前两句又与第9条第三句构成再对抗关系,如果存在第9条第三句规定的“达成协议后不履行的”情形,则第9条前两句之不予处罚的法律效果因受第9条第三句对抗而归于消灭。这样的对抗关系不胜枚举。类似的,《政府信息公开条例》第15条第一句与《政府信息公开条例》第27条存在对抗关系,而第15条第二句又与第一句存在再对抗关系。^[38]

在一个行政诉讼案件中,一项诉讼请求必定是以一个行政法规范作为依据的,故可以把这个行政法规范等同于基本规范;而针对该诉讼请求的一项抗辩,必定也是以与该基本规范相对抗的另一个行政法规范作为依据,故可以把这个行政法规范等同于相对规范。由此,同民事诉讼一样,完全可以依据基本规范和相对规范对抗关系来分配行政诉讼的客观证明责任。这意味着规范说对行政诉讼的客观证明责任分配同样具有规范性。

(五)理论误解:对行政诉讼直接套用规范说的民事诉讼表述

由于规范说具有的理论优势,主要大陆法系国家均将其作为行政诉讼客观证明责任分配的通说。比如德国行政诉讼法著作均将规范说列为行政诉讼客观证明责任分配的通说。^[39]日本行政诉讼理论与实务上亦以规范说为通说:“根据民事诉讼法理论,在一般情况下,由主张对自己有利的法规范的要件事实的人,承担证明责任。在行政诉讼中也是一样,判例基本上是根据这种理论来决定证明责任的分配的。”^[40]我国台湾地区“行政诉讼法”第136条规定行政诉讼举证责任准用“民事诉讼法”第277条之规定,由当事人对主张有利于己的事实承担举证

[37] 《治安管理处罚法》第9条:对于因民间纠纷引起的打架斗殴或者损毁他人财物等违反治安管理行为,情节较轻的,公安机关可以调解处理。经公安机关调解,当事人达成协议的,不予处罚。经调解未达成协议或者达成协议后不履行的,公安机关应当依照本法的规定对违反治安管理行为人给予处罚,并告知当事人可以就民事争议依法向人民法院提起民事诉讼。

[38] 《政府信息公开条例》第15条:行政机关认为申请公开的政府信息涉及商业秘密、个人隐私,公开后可能损害第三方合法权益的,应当书面征求第三方的意见;第三方不同意公开的,不得公开。但是,行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的,应当予以公开,并将决定公开的政府信息内容和理由书面通知第三方。第27条:除行政机关主动公开的政府信息外,公民、法人或者其他组织可以向地方各级人民政府、对外以自己名义履行行政管理职能的县级以上人民政府部门(含本条例第十条第二款规定的派出机构、内设机构)申请获取相关政府信息。

[39] 陈清秀:《行政诉讼法》,法律出版社2016年版,第524页;吴东都:《行政诉讼之举证责任——以德国法为中心》,台湾学林文化2001年版,第141—143页。

[40] (日)南方博:《行政法》(第六版),杨建顺译,中国人民大学出版社2009年版,第204页。不过,日本亦有对规范说持反对意见者,盐野宏教授即主张应法官裁量分配客观证明责任。参见盐野宏,见前注[35],第360页。

责任,学理上亦将规范说作为通说。^{〔41〕}

事实上,不仅在域外具有广泛影响力,规范说也吸引了我国行政法学者。有论者就提出:“可以借鉴德国及台湾地区的通说,采用罗森贝克在民事诉讼法上发展的‘规范说’,将实体规范结构与举证责任分配法则间进行联结,对我国行政诉讼举证责任分配法则进行构造并具体化。”^{〔42〕}还有论者指出:“我国行政诉讼中证明责任的分配规则仍应当延续成文化规则的基本思路,并借鉴域外的规范理论,对成文化规则予以矫正。”^{〔43〕}

然而,至今为止,我国行政诉讼对规范说的引入并未完成,理论研究中则存在直接套用规范说民事诉讼表述的误解,进而造成论者大多主张以行政相对人权利为中心来分配客观证明责任:“行政诉讼举证责任分配,要建立以原告诉讼请求为起点,以主观权利救济与客观法秩序维护为路径,以诉讼类型为分析框架的行政诉讼举证责任分配体系。”^{〔44〕}还有论者直接将规范说的民事诉讼表述作为行政诉讼的基本规则:“行政诉讼证明责任分配的基本规则是‘请求权人承担权利形成要件的证明责任,请求权人的对方当事人承担权利妨碍、权利消灭和权利阻碍要件的证明责任。’”^{〔45〕}

然而,规范说的民事诉讼表述是针对民事实体法对抗结构的特性所提出的,是规范说基本主张在民事领域的具体化,而非规范说基本主张本身。如果将规范说的民事诉讼表述直接套用到行政诉讼领域,由于行政实体法与民事实体法的特性不同,反而会造成行政诉讼客观证明责任分配违背规范说基本主张的错误。

以行政诉讼最典型的撤销之诉为例,如果按照规范说的民事诉讼表述,以行政相对人权利为中心分配客观证明责任,则应由行政相对人对其请求撤销行政行为的权利之形成要件承担客观证明责任。如此,行政行为存在违法的事实显然就属于行政相对人请求撤销权的权利形成要件,应当由行政相对人承担客观证明责任。这是不成立的,也是不符合规范说的。回归规范说的基本主张,撤销之诉中提出撤销行政行为请求的行政相对人,其实质是要求不适用行政实体法,而真正要求适用法律的是行政机关,即行政机关适用某一行政实体法作出行政行为,因此应当由行政机关对该行政实体法的要件事实负客观证明责任。可见,如果直接将规范说的民事诉讼表述套用到行政诉讼中,将产生与规范说基本主张相左的结果。

本文认为:规范说的基本主张,是由主张适用规范者对该规范之要件事实承担客观证明责

〔41〕 陈清秀,见前注〔39〕,第524—526页。

〔42〕 王东伟:“论工伤认定行政诉讼案件中的举证责任”,《证据科学》2016年第1期,第70页。

〔43〕 成协中:“中国行政诉讼证明责任的分配模式与规则重构”,《北大法律评论》2008年第9卷第1辑,第78页。

〔44〕 邓刚宏:“行政诉讼举证责任分配的逻辑及其制度构建”,《政治与法律》2017年第3期,第141页。类似的观点还有以“实体权益为中心”,参见成协中,见前注〔43〕,第76页。

〔45〕 朱新力,见前注〔5〕,第71页。类似观点还可见余凌云、周云川:“对行政诉讼举证责任分配理论的在思考”,《中国人民大学学报》2001年第4期,第95页。

任。所以,将规范说应用于行政诉讼时,需要根据行政诉讼的法律适用特性重新对规范说进行具体化,由此方能正确地根据规范说来建构行政诉讼客观证明责任分配的基本规则。

五、规范说的行政法重述:以行政职权为中心

规范说应用于民事诉讼时,是依据民事实体法对抗结构的特性而进行表述。因此,将规范说应用于行政诉讼时,应当根据行政法体系对抗结构的特性,重新进行何等行政法规范对哪方当事人有利的界定。

在此视角下,应当以行政职权为中心对规范说进行重述。规范说的民事诉讼表述以原告的民事权利为中心进行表述并分配客观证明责任,是因为民事实体法以民事权利的形成、妨碍、消灭或排除作为其法律效果,并规定产生这些法律效果的构成要件事实。但行政实体法并非以行政诉讼原告的权利作为其法律效果,而是以行政职权的形成、妨碍、消灭或者排除作为其法律效果,并规定产生这些法律效果的构成要件事实。因此,将规范说应用于行政诉讼的客观证明责任分配时,应当以行政职权为中心,对规范说进行重述。

(一)规范说视角下行政法规范分类

规范说的民事诉讼表述是建立在对民事法规范分类之基础上的。罗森贝克将民事法规范分为基本规范与相对规范,将权利形成规范作为基本规范,并把相对规范与基本规范的对抗关系分作三种类型:妨碍、消灭与排除。所谓妨碍,是指从一开始就阻止权利形成规范的效力产生,以使权利形成规范根本不能发挥效力。所谓消灭,是指在权利形成规范生效后,将权利形成规范的效力归于消灭。所谓排除,是指虽然权利形成规范有效,但排除其效力的适用。^[46]通过分析不难发现,在行政法领域中,若以行政职权的形成规范作为基本规范,相对规范与基本规范的对抗关系同样可以分作妨碍、消灭与排除三种类型。

1. 职权形成规范

职权形成规范规定在何等条件下一项行政职权或行政法律关系应当产生。前文例举的《治安管理处罚法》第43条与第49条即为典型的职权形成规范,其规定当“殴打他人”或“故意损毁公私财物”的构成要件在真实事件中得到满足时,便产生行政处罚职权。

2. 职权妨碍规范

职权妨碍规范的特征是与将要形成的职权之法律效果相对抗,在职权尚未形成之前即妨碍其生成。前文例举的《取水条例》第4条即为典型的职权妨碍规范。行政机关依据《取水条例》第2条普遍行使的取水许可职权,因存在《取水条例》第4条规定的例外情形而被妨碍,取水许可职权不得行使。

[46] 罗森贝克,见前注[2],第105—107页。

3. 职权消灭规范

职权消灭规范是以一个已经产生的职权为前提,产生将已经生效的职权予以消灭的法律效果。《行政许可法》第8条第2款关于“客观情况发生重大变化的,为了公共利益的需要,行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可”的规定,就是典型的许可职权消灭规范。

4. 职权排除规范

排除规范赋予主张者形成权,以排除对其的职权行使。由于行政行为具有公定力,故在行政法领域,只有少数法律属于职权排除规范,行政相对人可以据此拒绝对其的职权行使。典型的有《行政处罚法》第49条、《农业法》第67条第1款。

值得一提的是,职权妨碍规范和职权排除规范的认定会存在如下争议:若对其做相反的否定性表述,职权妨碍规范、职权排除规范也可以是职权形成规范。例如前述《行政处罚法》第49条规定的“不出具财政部门统一制发的罚款收据的,当事人有权拒绝缴纳罚款”这一职权排除规范,是否可以对其做相反表述,而将“出具统一收据”理解为行政处罚职权的“职权形成规范”呢?答案是否定的,因为职权形成规范与职权妨碍规范、职权排除规范之间的界限是明确的,是以法规范作为区分标准,即应当严格以法规范对一个要件事实做肯定性表述或否定性表述时对应的法律效果来界定该要件事实所属法规范的性质。例如,当《行政处罚法》第49条将“是否出具统一收据”这一要件事实否定性表述为“不出具财政部门统一制发的罚款收据的”,其对应的是“当事人有权拒绝缴纳罚款”这一排除职权的法律效果,因此该条应明确为职权排除规范,而不能对法规范的表述方式做反向推理而主张其是职权形成规范。这种区分标准的正当性在于:立法者已经在法规范中通过肯定性或否定性表述对客观证明责任进行了分配,故只能遵循立法者的分配。“在日常生活用语中,我们经常任意地将一个事实一会儿说成是一个权利的积极条件,一会儿说成是一个权利的消极条件的对立面。但是,唯独法秩序是不可变更的;唯独法秩序会告诉我们,何等效果对某一个事实才是合适的。”〔47〕

5. 特殊行政法规范的归类:程序规范

程序规范是行政法领域的特殊规范,因此在罗森贝克对民事法规范分类中没有提到它的归类问题。本文认为,由于一项行政职权不能单独依据程序规范行使,故程序规范在规范说视角下不是独立的职权形成规范或相对规范。但问题在于没有一项行政职权能够脱离程序规范而行使,所以应当将程序规范认定为补充规范。

那么,程序规范究竟是基本规范的补充规范,还是相对规范的补充规范?答案不能一概而论。由于正当法律程序是行政法秩序对所有行政职权行使的要求,所以程序规范是行政机关主张适用的所有规范的补充规范。换言之,不同于民事法规范与补充规范之间的上下位概念

〔47〕 罗森贝克,见前注〔2〕,第113—114页。

包含关系,^[48]行政法实体规范与程序规范之间的补充关系,是行政法的整体法秩序所决定的:任何一个行政职权的行使,除了依据规定要件事实的行政法规范外,都应当同时符合行政法的整体法秩序对行使该行政职权程序方面的整体要求,也即要符合正当法律程序原则。因此,当行政机关以职权形成规范为依据作出行政行为时,程序规范就是职权形成规范的补充规范;当行政机关以相对规范为依据作出不行使职权决定时,程序规范就是相对规范的补充规范。以对个人处两千元以上治安管理罚款的听证程序为例。该听证程序规范是公安机关行使罚款处罚职权之形成规范的补充规范,听证程序是否履行的客观证明责任与职权形成规范相同,也由公安机关承担。但当公安机关因在听证程序中发现违法行为人不满十四周岁而作出不予罚款决定时,听证程序规范就成为了该不予处罚之职权妨碍规范的补充规范。

(二)规范说的行政法重述:行政诉讼客观证明责任分配基本规则的提出

基于应当以行政职权为中心对规范说进行重述的判断,以及前述规范说视角下对行政法规范分类,本文提出规范说的行政法重述作为行政诉讼客观证明责任分配的基本规则:主张行使行政职权的当事人,对职权形成要件承担客观证明责任,主张不行使行政职权的当事人,对职权妨碍要件、职权消灭要件和职权排除要件承担客观证明责任。

1.以行政职权为中心,正确界定行政诉讼中法规范对哪方当事人有利

以行政职权为中心表述规范说,才能正确界定行政诉讼中法规范对哪方当事人有利。民事诉讼中,由于只有权利形成要件对请求权人有利,所有相对规范都对请求权人不利,因此规范说的民事诉讼表述可以直接明确由请求权人对权利形成要件承担客观证明责任,由请求权人的对方当事人对相对规范承担客观证明责任。但在行政法中,并非只有职权形成要件对行政机关有利,也并非只有相对规范对行政相对人有利。由于行政机关代表的是公共利益,故当行使行政职权对公共利益有利时,职权形成要件即对行政机关有利,而当不行使行政职权对公共利益有利时,职权形成要件就对行政机关不利,相对规范就对行政机关有利。因此,行政机关既可能主张职权形成要件存在,也可能否认职权形成要件的存在,例如认为不存在违法行为而作出不予处罚决定。行政机关还可能主张相对规范的要件事实存在,例如行政机关主张存在“主动消除或者减轻违法后果,并取得被侵害人谅解”情形进而作出不予处罚决定时,行政机关即是在主张治安管理处罚职权形成规范的相对规范之要件事实存在。而行政相对人也可能主张职权形成要件存在,例如受害人起诉行政机关拒不履行处罚职权时,受害人即是在主张职权形成要件存在。行政相对人当然也可能否认职权形成要件存在,还可能主张相对规范的要件事实存在,绝大多数的撤销之诉即是例证。

因此,这里提出的基本规则并没有像民事诉讼基本规则那样,限定哪一方当事人对哪一类要件事实承担客观证明责任,只是明确由要件事实的主张者承担。这并没有降低基本规则的

[48] 例如:《合同法》第2条对合同的定义,即是典型的基于下位概念的补充规范,该条款为合同的订立规范、效力规范提供补充。

明确性和确定性,反而能够适应行政诉讼相较民事诉讼的特殊之处。

2.以行政职权为中心,正确指引各种行政诉讼案件的客观证明责任分配

(1)单方行政行为的客观证明责任分配

单方行政行为与行政协议相对,是指由行政机关单方意志决定的行政行为,既包括依职权的单方行为(行政处罚、行政强制、主动公开政府信息),也包括依申请的单方行为(行政许可、依申请公开政府信息);既包括单方的负担行政行为,也包括单方的授益行政行为(给付行政)。这些类型的单方行政行为,由于其法律适用均是直接适用法规范,故其客观证明责任分配情形受法规范对抗结构影响的模式是相同的,因而可以一并阐明其客观证明责任分配的基本规则。

①当行政机关作出单方行为时,行政机关是职权形成要件的主张者,由行政机关对职权形成要件承担客观证明责任,由行政相对人对相对规范承担客观证明责任。此种情况下,区分依职权与依申请的行政行为对分配客观证明责任是没有实益的。以行政机关行使行政许可职权作出行政许可为例,当利害关系人不服起诉要求撤销行政许可决定时,行政机关是许可职权行使的主张者,由行政机关对许可职权形成要件负客观证明责任,这与起诉撤销依职权作出的行政处罚之客观证明责任分配是相同的。

②当行政机关拒绝作出单方行为时,如果行政机关的理由是职权形成要件不存在,而行政相对人认为职权形成要件存在,则行政相对人是职权形成要件的主张者,由行政相对人对职权形成要件承担客观证明责任,典型的如行政机关以不符合许可条件为由作出不予许可决定。如果行政机关拒绝作出单方行为的理由是相对规范的要件事实存在,则行政机关是相对规范的主张者,由行政机关对相对规范负客观证明责任,典型的如行政机关以存在免于处罚的情形而决定不予处罚。

③当行政机关不作为时,行政相对人是职权形成要件的主张者,由行政相对人对职权形成要件承担客观证明责任。

上述基本规则的应用能够明确分配单方行为引发的行政诉讼之客观证明责任,有利于解决现行制度的法律空白造成的客观证明责任分配难题。比如在前文所述“湖南省第六工程有限公司诉新乡市卫滨区水利局行政处罚纠纷案”中,原告诉称没有被告认定的违法事实,其取水工程师进行的地下工程疏干排水,是为保障地下工程施工安全和生产安全而必须进行的临时应急措施。该案属于被告行政机关主张应当行使行政许可职权,原告行政相对人依据职权妨碍要件主张不应当行使行政许可职权,无需办理取水许可。原告的依据是《取水条例》第4条第3项,该条款即是取水许可职权的职权妨碍要件,故原告作为该职权妨碍要件的主张者,应当对是否存在该第4条第3项的情形承担客观证明责任。当证明结果真伪不明时,法院应当作出不利于原告的判决。

又如前文所述政府信息是否准确的客观证明责任分配争议,信息是否准确属于信息更正职权的职权形成要件,行政相对人起诉要求更正的,行政相对人显然为信息更正职权形成要件的主张者,应当由其承担客观证明责任。当证明结果为真伪不明时,法院应当作出不利于原告

的判决。

可见,本文提出的基本规则能够对现行制度无法解决的客观证明责任分配难题提供确定、唯一的答案。只要照此基本规则分配客观证明责任,所有法官都应当得出相同分配结果,上级法院便可据此对下级法院的分配结果进行审查,由此排除法官恣意,实现客观证明责任的目的与功能。

(2)行政协议的客观证明责任分配

行政协议法律适用的特殊之处在于,除法律明确规定外,还有一部分行为的依据是双方约定的,因此其客观证明责任分配与单方行为有所不同,需要单独阐明。在行政协议诉讼中,行政相对人对行政机关不依法履行或未按照约定履行协议提起诉讼的,实际上是行政相对人主张行政机关行使履行协议的行政职权,^[49]故应由行政相对人对履行协议职权形成要件负客观证明责任,行政机关对相对规范负客观证明责任。对行政机关单方变更、解除协议等行为提起诉讼的,由行政机关对其行使单方变更、解除协议职权的形成要件负客观证明责任,行政相对人对相对规范负客观证明责任。行政相对人请求解除协议或者确认协议无效的,实际上是行政相对人在主张对抗行政协议效力的相对规范,故由行政相对人对相对规范负客观证明责任,由行政机关对订立协议职权的形成要件负客观证明责任。可见,以规范说为依据的基本规则同样能够解决行政协议争议的客观证明责任分配问题。

六、基本规则与现行制度的关系

(一)《行政诉讼法》第34条第1款与基本规则的关系

需要强调的是,本文提出的基本规则与《行政诉讼法》第34条第1款并无矛盾。按照基本规则,行政机关本来就应当对其作出行政行为所依据的法规范之要件事实承担客观证明责任:当行政机关行使职权时,行政机关对职权形成要件负客观证明责任,当行政机关依据相对规范而不行使职权时,行政机关对相对规范的要件事实负客观证明责任。值得说明的是,第34条第1款的规定并非属于举证责任倒置。“倒置必须有一个‘正置’的前提,只有知道‘正置’的举证责任分配,才能对其称为倒置。”^[50]本文提出的基本规则是行政诉讼客观证明责任一般分配的依据,也即“正置”的情形。诚如前述,按照基本规则,行政机关本应就其作出行政行为所依据的法规范之要件事实承担客观证明责任,故34条第1款的规定属于客观证明责任的“正置”,而不属于“倒置”。

除了与第34条第1款并无矛盾外,本文提出的基本规则之进步意义在于填补了第34条

[49] 我们在规范说视角下提出的行政职权行使概念,泛指所有在行政诉讼中可争议的行政行为,包括行政机关依约定履行行政协议的行为。

[50] 蔡小雪:《行政诉讼证据规则及运用》,人民法院出版社2006年版,第6页。

第1款未规定的若干行政相对人负客观证明责任情形的制度空白。根据前述分析,首先,当行政相对人依据相对规范主张行政机关不应当行使职权时,行政相对人对相对规范的要件事实负客观证明责任,前述“湖南省第六工程有限公司诉新乡市卫滨区水利局行政处罚纠纷案”即是此种情形。第二,当行政相对人依据职权形成规范主张行政机关应当行使职权时,行政相对人对职权形成规范的要件事实负客观证明责任。例如,行政相对人不服行政机关拒不作出行政许可的纠纷中,应当由行政相对人对职权形成要件负客观证明责任,而法定许可条件显然是许可职权的职权形成要件,故当行政相对人是否达到法定许可条件真伪不明时,应当由行政相对人承担败诉的结果。这一客观证明责任分配结果也是符合实体正义的,比如当药品是否符合有效性、安全性真伪不明时,显然应当由药品注册申请人承担不利后果,法院应作出不利于药品注册申请人的判决。

(二)《行政诉讼法》第38条第1款与基本规则的关系

《行政诉讼法》第38条第1款与本文提出的基本规则也是相符的。如前所述,在起诉被告不履行法定职责的案件中,原告本就是适用法规范的主张者,是职权形成要件的主张者,而原告向被告提出申请的事实属于职权形成要件,本就应当由原告负客观证明责任,故《行政诉讼法》第38条第1款也不属于客观证明责任倒置。

由于第38条第1款一般被理解为属于“谁主张,谁举证”,那么问题是:“谁主张,谁举证”与本文提出的基本规则是什么关系?值得说明的是,依据规范说提出的基本规则不能简单理解为“谁主张,谁举证”。规范说的内容不是“谁提出事实主张,谁负客观证明责任”,而是“谁主张适用法律,谁就对该法律的要件事实成就负举证责任”。也即是说,规范说认为:只有主张适用法律的人是主张者,而主张不适用法律的人不是主张者。因此,规范说视角下,“主张”概念是特定的:“主张是指对拟适用的法规范的事实要件存在的陈述,即使它是以否认的形式出现,也同样是主张”。^[51]故主张不适用法律的人,只是法规范要件事实的否认者,而不是主张者。“否认是将法定的事实要件视为不存在的陈述,即使它是以主张的形式出现,也同样是否认。”^[52]依据对主张概念的明确界定,规范说能够明确地在主张者和否认者之间分配客观证明责任。例如,当行政相对人以不存在违法行为为由对行政处罚提起撤销之诉,行政相对人只是对处罚职权形成要件的否认者,而不是主张者,因此其不承担处罚职权形成要件的客观证明责任。还需说明的是,否认不是抗辩。抗辩是指主张相对规范的适用。抗辩虽然也是对形成要件的反驳,但其反驳的理由不是对形成要件的否认,而是对相对规范要件事实存在的主张,是对适用相对规范的主张,因此抗辩者也是主张者。例如,前述主张适用《取水条例》第四条的行政相对人即是抗辩者,对该第四条承担客观证明责任。

事实上,“谁主张,谁举证”并不能作为客观证明责任分配的基本规则,因其存在明确性不足的问题。“谁主张,谁举证”将客观证明责任分配给主张者,但未对谁是主张者作出界定。实际上,对于任何一个争议事实,双方当事人都会提出自己的观点,一方当事人认为争议事实存

[51] 罗森贝克,见前注[2],第79页。

[52] 罗森贝克,见前注[2],第79页。

在,另一方当事人认为不存在。“在所有作出证明责任裁决的诉讼中,当事人均必须以作为诉讼请求基础的案件事实的不同陈述来反驳对方。每一方当事人均从逻辑的意义上提出主张,即使他只是就对方的陈述予以否认。”^[53]因此,单纯依据“谁主张,谁举证”,无法在都从逻辑意义上提出了主张的双方当事人之间分配客观证明责任。

可见,本文依据规范说所提出的基本规则与“谁主张,谁举证”存在根本差异,而《行政诉讼法》第38条第1款也并非属于“谁主张,谁举证”,因为原告承担客观证明责任的原因不是其提出了行政机关应当履行职责的事实,而是其主张了要求行政机关行使职权的职权形成规范。

(三)《行政诉讼法》第38条第2款与基本规则的关系

需要特别指出的是,本文提出的规范说之行政诉讼表述,不能适用于《行政诉讼法》第38条第2款。第38条第2款规定了行政赔偿诉讼的客观证明责任分配。行政赔偿诉讼所依据的实体法是《国家赔偿法》。显然,《国家赔偿法》是以公民、法人和其他组织的赔偿请求权为中心的,^[54]其规定的法律效果是赔偿请求权的形成、妨碍与消灭。这与行政实体法以行政职权为中心,法律效果围绕行政职权设定存在明显不同。因此,就像规范说的民事诉讼表述不能适用于行政诉讼一样,规范说的行政诉讼表述同样不能适用于行政赔偿诉讼。

但这非但不是对规范说行政诉讼表述具有普适性的反驳,反而是一种旁证,因为《行政诉讼法》第38条第2款的规定同样是符合规范说的。以赔偿请求权为中心分配行政赔偿诉讼的客观证明责任,自然应当由请求权人对请求权形成要件负客观证明责任。存在损害以及侵害行为与损害间有因果关系,是赔偿请求权的形成要件。第38条第2款规定由原告对行政行为造成损害负客观证明责任,即是规定由赔偿请求权人对形成要件承担客观证明责任,这是符合规范说的。可见,《行政诉讼法》第38条第2款再次说明客观证明责任分配的基本规则应当与实体法对抗结构的特性相一致。由于《国家赔偿法》与行政实体法在对抗结构上存在差异,所以依据行政实体法提出的基本规则不能适用于《行政诉讼法》第38条第2款,而是需要依据《国家赔偿法》提出规范说的行政赔偿诉讼表述。这再次证明依据行政实体法的特性提出规范说的行政诉讼表述作为基本规则是正确的。

七、结语:基于基本规则对行政诉讼客观证明责任分配制度的完善

通过观察行政实体法对抗结构的特性,本文以行政职权为中心提出了行政诉讼客观证明责任分配的基本规则:主张行使行政职权的当事人,对职权形成要件承担客观证明责任,主张不行使行政职权的当事人,对职权妨碍要件、职权消灭要件、职权排除要件承担客观证明责任。这种基于行政实体法的特性而提出的基本规则具有普适性、明确性和确定性,能够基于具体案件中行政实体法的对抗结构分配客观证明责任,为行政诉讼客观证明责任分配提供稳定的预期,有利于在行政诉讼中实现客观证明责任的目的与功能。因此,建议将该基本规则写入立法

[53] 罗森贝克,见前注[2],第78页。

[54] 参见《国家赔偿法》第2条、第3条、第4条。

或司法解释。由于现行制度与基本规则相容(这也是现行制度虽存在法律空白但一直有效运行的原因),基本规则只是填补法律空白,因此不需要修改现行制度,直接增加基本规则的条文即可。如此,基本规则即为对《行政诉讼法》第34条第1款的进一步阐明和细化,填补第34条第1款未规定若干行政相对人负客观证明责任情形的制度空白,包括:当行政相对人依据相对规范主张行政机关不应当行使职权时,行政相对人对相对规范的要件事实负客观证明责任;当行政相对人依据职权形成规范主张行政机关应当行使职权时,行政相对人对职权形成规范的要件事实负客观证明责任。

需要指出的是,将基本规则写入实定法只是对基本规则规范性的确认与强调,因为基本规则的规范性并非来自实定法的明确规定,而是来源于行政实体法体系的对抗结构客观存在,其本属于从实定法的内在结构中推导出来但又超越实定法的范畴。因此,即使基本规则不写入实定法,其对我国行政诉讼同样具有规范性。本文将其实抽象出来,供理论与实务界进行探讨和验证。

尽管如此,确有一处是基于基本规则而需要完善的,即在行政实体法的制定中,立法者应当培育通过实体法对抗结构而分配客观证明责任的方法论自觉,通过更严谨的语义、更合理的体系结构,尽可能明确地表明对抗关系以及对抗效力的类型,从而减少争议,提高我国行政法规范与行政诉讼客观证明责任分配的明确性与确定性,最终保障客观证明责任目的与功能的实现。

Abstract: There are legal gaps in the current provisions of the distribution of objective burden of proof in the Administrative Litigation Law of China, which should be filled by constructing the basic rules of distribution. With the administrative power as the center, this article puts forward the basic rules of distribution of objective burden of proof in administrative litigation: while the party who advocates exercising administrative authority should bear the objective burden of proof on the authority-forming requirements, the party who advocates not exercising administrative authority should bear objective burden of proof on the authority-hindering requirements, authority-eliminating requirements and authority-excluding requirements. This basic rule enjoys universality, clarity and certainty, providing a stable expectation for the distribution of objective burden of proof in administrative litigation, and filling the legal loopholes as the current system does not stipulate administrative counterparts should bear the objective burden of proof in certain cases.

Key Words: Administrative Litigation; Objective Burden of Proof; Normentheorie; Basic Rule

(学术编辑:彭 鐸)

(技术编辑:鲁谷辰)