

# 行政诉讼中法院分配证明责任的正当性及路径研究

唐雯

西南交通大学公共管理学院, 四川 成都

收稿日期: 2024年4月12日; 录用日期: 2024年4月20日; 发布日期: 2024年5月20日

## 摘要

按照“规范说”的理论, 证明责任的分配应该完全依照实体法的具体规定, 不能交由法院自由裁量。然而随着新型案件的出现, 在案件事实真伪不明的情况下, 严格按照实体法的证明责任分配可能会带来不公正的后果。此种情形下, 应当引入“价值衡量理论”, 不仅关注于案件事实本身, 更着眼于社会利益、公平正义理念等因素进行合乎情理的裁量。行政诉讼作为客观诉讼不同于民事诉讼, 在裁判过程中, 法院具有更强的职权探知倾向, 通过诉讼欲达到的目的也不尽相同。但是在权力正当性的基础上更需考量如何逐步推动并防止权力的恣意行使。

## 关键词

行政诉讼, 证明责任, 自由裁量权

## Research on the Legitimacy and Path of Court's Assignment of Burden of Proof in Administrative Litigation

Wen Tang

School of Public Administration, Southwest Jiaotong University, Chengdu Sichuan

Received: Apr. 12<sup>th</sup>, 2024; accepted: Apr. 20<sup>th</sup>, 2024; published: May 20<sup>th</sup>, 2024

## Abstract

According to the “normative theory”, the distribution of the burden of proof should be completely in accordance with the concrete provisions of the substantive law, and can not be left to the discretion of the court. However, with the emergence of new cases, the distribution of burden of proof

in strict accordance with the substantive law may bring unfair consequences when the truth of the case is not clear. In this case, the “value measurement theory” should be introduced, which not only focuses on the facts of the case itself, but also focuses on social interests, fairness and justice concepts and other factors for reasonable discretion. As an objective lawsuit, administrative litigation is different from civil litigation. In the process of adjudication, the court has a stronger tendency to explore the authority, and the purpose to be achieved through litigation is different. However, on the basis of the legitimacy of power, we need to consider how to gradually promote and prevent the arbitrary exercise of power.

## Keywords

Administrative Litigation, The Burden of Proof, Discretion

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 问题的提出

2001年最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》中有一条引人注目的条款，该规定在第7条明确赋予了法官对于证明责任的分配权：在法律没有具体规定，依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。该司法解释引发了学术界的争议。有学者认为，证明责任由法官分配是一种在迫不得已的情况下才能出现的例外，存在着破坏法的确定性和预测性功能的可能。从法官本身来看，也存在着不当权力的制约以及证明责任运用的常规化和合理化不足等问题[1]。诚然，我国对于法官直接进行规则创制的态度一直是保守的，通过司法解释逐步推动立法来达到对于特殊类型案件裁判方式的“司法式立法”是我们所倚重的方式。我国特殊的个案请示制度和批复制度所起到的典型判例作用也一直被认为可以应付个案中需要灵活处理的情况[2]。后2019年的新证据规定删除了这一条款。然而该条款的消失并不意味着对法官分配证明责任的彻底否定。

从诉讼的性质上来看，民事诉讼主观诉讼的性质侧重于争议的解决。举证能力作为当事人诉讼能力的一部分，在双方当事人平等地位的情况下，除了特殊情形下的调整，法院不应该过多地干涉当事人的举证。相反，在行政诉讼领域，客观诉讼的性质会使得法官在审判过程中表现出更多的职权主义倾向。行政诉讼中，证明责任并不应该成为完全独立于法官的固定条款。除了纠纷的解决，还要求法官跳出规则本身，考量单纯案件事实之外的因素，以求行政诉讼能够实现应有的社会效果。

在我们加快进行庭审实质化改革、法官队伍建设的今天，在行政诉讼领域出现了越来越多新型案件的情况下，讨论法官对于举证责任的分配具有实践意义。本文将厘清行政诉讼中证明责任分配相关问题的内涵，从行政诉讼的性质出发讨论由法官在事实真伪不明的情况下进行证明责任分配的正当性、必要性，并在此基础上讨论如何防止该权力的恣意行使。

## 2. 行政诉讼中证明责任相关理论问题厘清

### (一) 法院分配客观结果责任

一般意义上的举证责任有行为意义上的主观证明责任和结果意义上的客观证明责任。提供证据的责任即主观证明责任会在诉讼过程中因为当事人收集证据能力的大小、证据距离的远近而进行转移或由法

院代表公权力进行证据的收集，即法院代为行使主观证明责任。在立法和司法实践中，法院也现实地进行证据的依职权获取或责令当事人提供证据。但是举证责任中，法官对于证明责任的裁量权实为对于结果责任的裁量而非对于提供证据责任的裁量。提供证据的能力与最终该证据具有形成裁判结果的证明力是不同的问题。证明责任是在事实真伪不明，依靠简单的证据获取无法使得法官形成最终的心证结果时，才发生作用。依据结果责任而由一方当事人来承担不利后果。

## (二) 举证责任的转移

基于我国《行政诉讼法》第三十四条<sup>1</sup>的规定，有学者认为我国行政诉讼中举证责任负担的基本规则可以表述为“原告主张，被告举证。”以举证责任的本质为结果责任来看，行政诉讼中的结果责任最终是由行政机关来承担的。当行政诉讼完结，行政机关无法依据在行政程序中获取的证据证明其行政行为合法性的时候就应该负败诉责任[3]。但是即使是在行政诉讼中，难道真的只有被告有承担不利后果的可能，而原告只能消极等待诉讼的推进。这显然并不符合实际。在行政许可、行政处罚等常见的行政诉讼案由中，原告败诉仍会承担所期望许可的事项不被许可，承担行政处罚等不利后果。

主张“谁主张谁举证”的学者认为，行政诉讼中行政机关虽有证在先，但是行政诉讼证明的对象是案件事实而非行政行为的合法性。对于案件事实本身，原告仍然应该承担证明责任。虽然行政机关获取证据的能力要更强，但是提供证据的能力以及提供证据本身的证明力并不是总由被告占据优势地位。从公平负担和科学合理的角度来看仍然是“谁主张谁举证”[4]。

笔者认为，证明责任实质上并不是固定在某一方诉讼主体身上的，而是会在诉讼的对抗过程中在原被告之间转移。一方当事人提供了证据证明自己的主张后，举证责任的天平就会立刻倒向另一方当事人进行举证来推翻对方的主张[5]。证明责任的来回转移过程同时也是法官心证的形成过程。在证据穷尽仍然无法探知事实真相的情况下，此时，结果责任才派上定分止争的用场。在行政诉讼中，由于行政机关成为了诉讼的一方主体，基于依法行政原则和获取证据的优势地位原则，“被告举证”似乎具有天然的合理性。然而在讨论证明责任分配的时候，这两个原则并不能够发挥他们的说服力。依法行政只要求行政主体作出行政行为时有足够的事实根据和法律依据，它不是法律规定的案件事实出现真伪不明时的裁判根据，它与实在的证明责任分配是不同层面的问题。而对于被告举证优势，需要证明责任规范的重要动因是，经多方努力要件事实仍真伪不明。如果存在证明的可能，相信立法者绝对不会直奔证明责任分配的主题。即此时讨论谁具有举证的优势地位已经显得不太重要[6]。

## 3. 客观诉讼性质下法院分配证明责任的正当性

### (一) 对于“规范说”和“价值衡量理论”的考察

#### 1) “规范说”的局限性

按照“规范说”的说法，其认为法律条文中已经规定清楚了所有的证明责任，法官只需研究法律条文本身就能够发现蕴含在条文背后的举证责任分配规则[7]。因此，法律没有规定，需要法官再进行造法的情况并不存在。“规范说”的问题在于看似给举证责任分配套上了完全法定排斥法官自由裁量的保护壳，但是由于其本身的形式化特征，没有考虑到立法本身就不可能规定一成不变的、适用于所有案件的证明责任规则。其本身对于法律规则的分类也并不周延，这种看似的公正有可能最终在个案中导致不公[1]。在立案登记制下，法官不能够以实体法缺少依据为由拒绝裁判。形式化的文字是无法达到周延的，法律尚且没有以条文形式规定的情形仍大量存在。“规范说”是以一定的法律事实、法律要件存在为基础的，如果法律事实尚且无法确定，案件处于事实真伪不明的情况下，那么法律要件自然也无法确定，“规范说”即失去了适用的基础。

<sup>1</sup> 《行政诉讼法》第三十四条：被告对作出的行政行为负有举证责任，应当提供作出该行政行为的证据和所依据的规范性文件。

## 2) “价值衡量理论”的意义

“价值衡量理论”使得在司法裁判的过程中，除了法律适用和事实查明外，加入了主观价值判断的因素来达到个案中的实质正义，公正和有效率地分配社会资源，指引当事人应当遵循的行为规则。司法裁判本身就是事实判断和价值判断的结合，是在进行客观证据和事实的理性判断之后做出的价值选择。通过完善的举证、质证程序以及法官详细而充分地展示其推理过程来获取价值衡量的正当性[5]。

对于人民法院分配证明责任的一大忧虑来源于学者对于人民法院权威性和法官整体职业素质水平的担忧。基于此，解决行政诉讼证明责任分配不能满足行政审判实践需要的现实，我国应当完善法律规定而不是授予人民法院裁定证明责任的权力[4]。然而，正如何海波教授所说的，英美法系的陪审团制度，因为法律文化和程序设置的原因获得了天然的权威性，但是实际上也是存在着主观判断造成不公正的后果可能性。法院进行证明责任的分配并不是应该完全杜绝的洪水猛兽而是应该以完善的程序设置和配套制度建设来使其获得正当性和可靠性。

### (二) 客观诉讼性质下的法院分配证明责任

#### 1) 行政诉讼的性质系客观诉讼

对于行政诉讼的功能，学术界存在混合功能之说，即行政诉讼兼顾主观公权力救济和客观法秩序维护的双重功能，对于不同的功能属性之下是对应不同的举证责任方式。主观公权利救济路径下“谁主张，谁举证”应当成为证明责任规则分配的基本模式。而客观法秩序模式下“被告承担举证责任”应当成为证明责任分配的基本模式[8]。此种观点看似可以在不同的举证责任分配原则之间寻求平衡，但是实质上会导致新的适用混乱。主观诉讼比如最为典型的民事诉讼，诉讼两造的地位完全平等，诉讼的目的在于使得受损的权利恢复到圆满状态。而行政诉讼不同，通过诉讼方式来救济当事人未能获得的行政权利目的不是为了直接赋予当事人该种权利或者使得某种权利恢复到圆满状态，而是为了以司法机关介入的形式审查行政权力行使的合法性。从这个意义上看，行政诉讼并不具有主观诉讼的性质，只具有客观诉讼的属性。值得强调的是，正是由于法院进行证明责任分配的特殊考量在于维护公共利益和弥补相对人一方证明责任能力不足的需要，所以，法院在行政案件审理中存有行使证明责任分配权的时候，不能是基于证成行政机关行为合法性的需求[9]。

#### 2) 法院职权探知的倾向性

行政诉讼与民事诉讼具有不同的性质，民事诉讼属于主观诉讼，调配当事人之间的举证能力不是重点，可以说，举证能力的差异性才能够解决争议和纠纷。而行政诉讼作为客观诉讼，除了具有解决纠纷和权利救济的基本功能外，监督行政是其根本功能所在。因此，法院在行政案件中表现出了更强的职权探知倾向。除了形式意义上的法治，行政诉讼更强调案件的社会效果。因此，在案件陷入两难境地，需要确定证明责任的承担时，法官必须基于公平正义的原则来做出裁判。

## 4. 行政诉讼中法院分配证明责任的路径选择

### (一) 从立法上明确法官分配举证责任的权力

对于突破“规范说”局限的路径选择，探寻基本规则而非直接赋予法官分配证明责任。其原因主要在于对于法官分配举证责任后对于对诉讼结果预测功能的破坏以及对于现在当事人对于法院的信任度、法官的整体素质的担忧。如果法官分配证明责任，法官就有权力增加或者减少当事人主张得以成立的事实，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[10]。

笔者认为，首先，在事实真伪不明的时候，意味着根据传统的举证归责原则依然无法查清案件事实，法官不能以此为理由而不予裁判，在此情况下，根据价值衡量的原则，由法官进行证明责任的分配，基

于诚实信用原则、公共利益、行政诉讼功能的实现而做出裁判。即使在案件事实的查明陷入瓶颈的时候，法官也并非随心所欲的进行裁判，而是受到法律原则的约束。至于对于法官职业素养的担忧，经过数十年的司法体制改革，我国法官整体的裁判水平已经大幅度提升。法官不仅仅是法律规范的执行者而是运用者。在没有证明责任分配权时，其裁判的正当性和可信性也并不是天然获取的，而是通过裁判文书的规范化、裁判过程的规范化、公开化、公众参与提高等途径来逐步获取权威性。同样，对于证明责任的分配权也可以通过程序规制的途径获取权威性。

## (二) 以司法解释的方式逐步规范法官对于证明责任的分配

一项新权力的法律层面赋予并不意味着它在最开始就可以达到完美运行的期待状态，这个过程一定是被不断修正和通过实践逐步规范的。行政诉讼中，法院对于证明责任的分配也必然要经历一个循序渐进的过程并不断完善。笔者认为，在肯定权力享有正当性的基础上，考量如何防止该权力的恣意行使也是必要的。我国具有独具特色的个案请示制度，司法解释和典型案例的公布对于新型案件、疑难案件的裁判亦起到了很强的导向作用。在现阶段，我们可以采取赋权 + 层报审批制度，并发布指导性案例逐步规范法院在个案中的价值衡量。

## 5. 结语

对于无法查明的案件事实，如果只是将这种败诉的风险单纯分配给被告，对于行政权的行使不免被过分限制，单纯分配给原告更是不符合行政诉讼的基本精神。这种举证责任非此即彼的做法应该被一种寻求平衡的综合考量替代<sup>[11]</sup>。法官综合运用目的解释和社会学解释的方法，在个案中进行价值的选择，以个案出发但是又超越个案考量社会效益从而在价值序列中进行合乎逻辑的取舍<sup>[12]</sup>。在案件事实无法查明的时候，法院来进行利益的权衡，将不利风险的承担在当事人之间实现均衡化，从而实现实质法治<sup>[13]</sup>。需要肯定的是，证明责任分配作为诉讼中关系着不利后果承担的重要环节，法官在行使自由裁量权时是需要十分谨慎的，如何能够在兼顾实质正义的情况下从程序上规范权力的行使，是接下来应当关注的问题。

## 参考文献

- [1] 霍海红. 证明责任配置裁量权之反思[J]. 法学研究, 2010, 32(1): 98-111.
- [2] 胡学军. 法官分配证明责任: 一个法学迷思概念的分析[J]. 清华法学, 2010, 4(4): 82-103.
- [3] 刘善春. 行政诉讼举证责任分配规则论纲[J]. 中国法学, 2003(3): 67-73.
- [4] 徐继敏. 行政诉讼证明责任初论[J]. 河北法学, 2008(1): 117-122.
- [5] 何海波. 举证责任分配: 一个价值衡量的方法[J]. 中外法学, 2003(2): 129-139.
- [6] 朱新力. 行政诉讼客观证明责任的分配研究[J]. 中国法学, 2005(2): 66-72.
- [7] 毕玉谦. “一强多元”模式下的证明责任学说——以克服“规范说”局限性为重心[J]. 政法论坛, 2011, 29(2): 44-56.
- [8] 邓刚宏. 行政诉讼举证责任分配的逻辑及其制度构建[J]. 政治与法律, 2017(3): 132-141.
- [9] 陈锦波. 论法院在行政案件审理中的证明责任配置权[J]. 北方法学, 2022, 16(1): 90-103.
- [10] 江必新, 徐庭祥. 行政诉讼客观证明责任分配的基本规则[J]. 中外法学, 2019, 31(4): 911-931.
- [11] 于涵. 风险防范原则下行政诉讼举证责任分配之反思与修构[J]. 沈阳工业大学学报(社会科学版), 2020, 13(2): 168-174.
- [12] 宋华琳. 当场行政处罚中的证明标准及法律适用——“廖宗荣诉重庆市公安局交通管理局第二支队道路交通管理行政处罚决定案”评析[J]. 交大法学, 2010, 1(1): 257-271.
- [13] 李大勇. 行政诉讼证明责任分配: 从被告举证到多元主体分担[J]. 证据科学, 2018, 26(3): 261-270.