

论行政诉讼中的“被告致原告无法举证”

——以第 91 号指导性案例为中心

蒋成旭*

目次

一、引言	(一) 构成要件与法律效果不相匹配
二、“被告致原告无法举证”的形成与演变	(二) 第 38 条第 2 款的内在矛盾
(一) 第 91 号指导性案例所确立的审查模式	(三) 证明协力义务的启示
(二) 第 91 号指导性案例之前的规范与判例	四、“被告致原告无法举证”的理论构造
(三) 《适用解释》之后的规范形态	(一) 形成性行政侵权与事实性行政侵权
(四) 小结	(二) 因原告自身原因致原告无法举证
三、证明妨碍视角下的“被告致原告无法举证”	(三) 初步证明责任的本质
	(四) 酌定的应用
	五、结论

摘要 《行政诉讼法》第 38 条第 2 款第 2 句规定确立了特定情形下损失情况的证明责任由原告转移给被告的规则,但本条规定并非严格意义上的证明妨碍规则。第 91 号指导性案例以及相关判例所确立的审查模式和审查要素,尽管对实定法规范有所突破,但均应具备一定的理论基础。以证明协力义务为启示,可将行政侵权行为划分为形成性行政侵权和事实性行政侵权。本款规定适用于形成性行政侵权,而在事实性行政侵权情形下将证明责任转移给被告没有意义。适用本款规定的基本逻辑为:第一,行政机关违反法定义务而导致原告对相关损失情况无法举证,即构成“被告致原告无法举证”,证明责任仍由被告承担;第二,若原告无法举证的结果有原告自身的原因,则不构成“因被告原因导致原告无法举证”,证明责任仍由原告承担;第三,原告承担损失情况的主张责任,且法官可依职权降低原告的证明难度。此外,法官酌定的适用须以保护受害人权益为前提,且遵循有利于原告的酌定原则。

关键词 行政诉讼 证明责任 行政侵权 指导性案例 “被告致原告无法举证”

* 浙江大学光华法学院助理研究员、法学博士。本文系浙江省哲学社会科学规划青年课题(项目编号:20NDQN247YB)阶段性成果。

一、引言

修订后的《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》),对证明责任作了更为详细的规定。其中,第38条吸收了《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《行政证据规定》)第4条和第5条的内容,明确了行政诉讼的原告证明责任。^{〔1〕}更为重要的是,如果说本条其他内容还只是整合了相关司法解释的既有补丁,那么第2款第2句“因被告的原因导致原告无法举证的,由被告承担举证责任”的规定,则是直接来源于审判实践的全新内容。一些学者视之为证明妨碍规则在行政诉讼制度中的体现。^{〔2〕}随着征地矛盾和违法强拆不断引发行政补偿、赔偿混合案件,^{〔3〕}当事人正当的损害赔偿请求与谋取更多行政补偿的欲望相互交织在一起。在一些案件中,行政机关往往通过突袭式暴力强拆,导致当事人的财物未能及时转移而遭损毁,事后又难以就损失情况进行举证。而在另一些案件中,因行政机关的违法行为而导致财产损失情况无法查明,当事人会借机极力夸大自己的损失。为了应对这些情况,法院在适用《行政诉讼法》第38条第2款时,不得不做出一些创造性的解释,以区分哪些损害事实主张是因违法强拆引起的、合理的赔偿请求,哪些则是当事人为了获得更多的补偿而变相地向被告和法院施压。2018年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(以下简称《适用解释》)对本条内容做出更进一步的详细规定,因此,对这一条文的适用机理进行专门探讨,显得十分必要。有鉴于2017年最高法院发布了直接针对第2款第2句规定的第91号指导案例,本文即以该案为中心,结合此前的司法审判实践,对该规定做一解剖,并试图解决如下问题:该规定的形成和演变过程,其是否属于一种证明妨碍规则,以及适用本规定进行裁判的基本逻辑。

二、“被告致原告无法举证”的形成与演变

《行政诉讼法》第38条第2款第1句规定:“在行政赔偿、补偿的案件中,原告应当对行政行为造成的损害提供证据。”该规定确立了在行政赔偿、补偿的案件中原告的客观证明责任。换言之,当损害事实最终处于真伪不明的状态时,由原告承担该真伪不明状态引起的诉讼风险。尚有争论的是,本条是否确立了原告的主观证明责任。由于主观证明责任与辩论主义原则密不可分,而我国行政诉讼总体遵循职权探知主义原则,有学者认为主观证明责任并无存在必要。^{〔4〕}笔者认为,行政赔偿诉讼在制度上应有别于行政诉讼,德日的制度安排也将行政赔偿争议置于行政诉讼之外,适用民事诉讼程序。哪怕是行政诉讼本身,德国行政法院的判决中也常常出现

〔1〕 参见江必新、邵长茂:《新行政诉讼法修改条文理解与适用》,中国法制出版社2014年版,第140页以下。由于我国在规范上并无明确的定义,因此行政法学界在探讨证明责任问题时往往将“举证责任”和“证明责任”混用。本文采用民事诉讼领域的通行用法,“证明责任”(Beweislast)即指当作为裁判基础的法律要件事实在诉讼中处于真伪不明的状态时,一方当事人承担诉讼上的不利后果,等同于客观证明责任;“举证责任”即指提出证据的责任,等同于主观证明责任。

〔2〕 同上注,江必新、邵长茂书,第140页以下。

〔3〕 参见许某某诉金华市婺城区人民政府行政强制及行政赔偿案。

〔4〕 参见成协中:《中国行政诉讼证明责任的分配模式与规则重构》,载《北大法律评论》2008年辑,第56~80页。

“原告对既定的要件事实没有提供证明”的表达,此时职权探知主义原则已被突破,实际上采纳了辩论原则。^{〔5〕}因此行政诉讼并非没有辩论主义的余地。况且,在行政赔偿案件中,如果原告对损害事实无法提供证据,客观上将直接导致原告败诉。^{〔6〕}所以,本条规定事实上还确立了原告的主观证明责任。

本款第2句“因被告的原因导致原告无法举证的,由被告承担举证责任”(为表述简便,以下简称“被告致原告无法举证”),从规范的角度来看,其适用需要明确如下三个问题。第一,如何判断“被告致原告无法举证”的构成?第二,“由被告承担举证责任”中的“举证责任”又有何具体含义?第三,当被告也未能举证时,也就是损害事实最终真伪不明的情况发生时,法院应当如何裁判?以这三个问题为指引,下文首先对第91号指导性案例进行剖析。

(一) 第91号指导性案例所确立的审查模式

本案的主要案情为,原告沙明保等四人认为被告马鞍山市花山区人民政府在征地拆迁实施过程中,非法将其所有的涉案房屋及地上附着物拆除,侵犯了其合法财产权,诉请法院判令被告赔偿房屋损失、装潢损失、房租损失共计282.768万元;房屋内物品损失共计10万元,主要包括衣物、家具、家电、手机等5万元;实木雕花床5万元。一审判决驳回沙明保等四人的赔偿请求,二审判决撤销一审判决,判令被告(二审被上诉人)马鞍山市花山区人民政府赔偿原告(二审上诉人)沙明保等四人房屋内物品损失8万元。法院生效裁判首先确认了被告马鞍山市花山区人民政府的拆除行为违法。关于被拆房屋内物品损失问题,法院认为,根据《行政诉讼法》第38条第2款规定:(1)马鞍山市花山区人民政府组织拆除上诉人的房屋时,未依法对屋内物品登记保全,未制作物品清单并交上诉人签字确认,致使上诉人无法对物品受损情况举证,故该损失是否存在、具体损失情况等,依法应由马鞍山市花山区人民政府承担举证责任。(2)上诉人主张的屋内物品5万元包括衣物、家具、家电、手机等,均系日常生活必需品,符合一般家庭实际情况,且被上诉人亦未提供证据证明这些物品不存在,故对上诉人主张的屋内物品种类、数量及价值应予认定。(3)上诉人主张实木雕花床价值为5万元,已超出市场正常价格范围,其又不能确定该床的材质、形成时间、与普通实木雕花床有何不同等,法院不予支持。(4)但出于最大限度保护被侵权人的合法权益考虑,结合目前普通实木雕花床的市场价格,按“就高不就低”的原则,综合酌定该实木雕花床价值为3万元。

围绕前述三个基本问题,结合最高法院归纳的本案“裁判要点”,我们可以从本案中提取出如下信息。

1. 关于“被告致原告无法举证”的认定。行政机关在拆除房屋时,若未依法对屋内物品登记保全、制作物品清单并交当事人签字确认,导致当事人无法对物品受损情况举证,即可认定构成“被告致原告无法举证”,产生被告承担举证责任的法律效果。

2. 关于被告承担举证责任的具体含义。当确认存在因被告原因导致原告无法举证的情况时,被告承担的举证责任包括对“损失是否存在、具体损失情况等”进行举证的责任。基于常理,被告

〔5〕 参见〔德〕普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2006年版,第36页。

〔6〕 《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》第32条:“原告在行政赔偿诉讼中对自己的主张承担举证责任。被告有权提供不予赔偿或者减少赔偿数额方面的证据。”第33条:“被告的具体行政行为违法但尚未对原告合法权益造成损害的,或者原告的请求没有事实根据或法律根据的,人民法院应当判决驳回原告的赔偿请求。”

承担的并非是对损失存在、具体损失情况等事实主张进行证实、而毋宁是对其证伪的举证责任。^{〔7〕} 由于被告未能证明损失不存在或损失额更低,法院随后认定损失存在并对损失额作了酌定,因此可知此处的“举证责任”意指客观证明责任。

3. 关于当被告也未能举证时的裁判。首先,法院将原告的损害事实主张划分成两种类型。第一种类型是“符合一般家庭实际情况”“未超出市场价值的符合生活常理的”的损害事实主张,第二种类型是“超出市场正常价格范围”的损害事实主张。其次,在原被告双方都未能举证的情况下,为了克服真伪不明的状态,避免通过证明责任做出判决,^{〔8〕}法院对损失额作了“综合酌定”处理。

综合以上三点,第91号指导性案例所确立的关于“被告致原告无法举证”的审查模式可概括为:第一,若被告在行政争议发生之前,具有某种保存相关证据的法定义务,而这一证据又是原告在诉讼中证明自身权益受损事实所需的,那么当被告未履行该法定义务致使原告无法举证时,即可认定为“被告致原告无法举证”;第二,未超出市场价值、符合生活常理的损害事实主张,与超出市场价值、不符合生活常理的损害事实主张,在认定上存在区别;第三,当双方均未能举证时,克服真伪不明状态的办法是法院酌定。

(二) 第91号指导性案例之前的规范与判例

规范上,可以说《行政诉讼法》修订后新增的这一规定几乎是直接针对了行政机关违法强拆引起的行政赔偿、补偿问题,^{〔9〕}颇具“缺什么补什么”的实用主义色彩。早在修订以前,司法实践中因被告原因导致原告无法举证的情形,法院转而将举证责任分配给被告的做法就已经普遍存在,只是缺少明确的规范依据。按照时间顺序来看,与此相关的规范依据最早见诸1997年《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》(以下简称《行政赔偿规定》)第32条:“原告在行政赔偿诉讼中对自己的主张承担举证责任。被告有权提供不予赔偿或者减少赔偿数额方面的证据”。本条可谓行政诉讼原告承担举证责任的肇始。2000年的《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》(以下简称《若干问题的解释》,已失效)和《行政证据规定》均继承了《行政赔偿规定》第32条。之后,原告承担举证责任首次在实定法上做出明确规定,即2010年修订后的《国家赔偿法》。然而在《行政诉讼法》修订以前均未见有关特定情形下原告的举证责任转移给被告的规定。这一不成文的证明责任规则一直存在于判例当中。

判例上,从最高法院的角度来看,在《行政诉讼法》修订前,尚未形成因被告原因导致原告无法举证的情形时的统一处理方案。在处理这一问题时,既有适当降低原告证明责任的案例,如在“增城市大恒科技实业有限公司诉增城市蛾乡规划局行政强制拆除案”中,一审法院认为,原告提供的公证强拆现场损失情况的公证书证据,虽然是在强拆后一个月才做出,但由于行政机关未对现场进行证据保全并对相关财物进行登记及公证保全代管,故只能以该公证书作为强拆现场的依据。最高法院在裁判要旨中还指出,“在违章建筑强制拆除的过程中,由于行政机关的程序违法造成原告难以就其损害事实提供充分证据甚至无法提供证据的,应当适当降低原告的证明责任,以体现

〔7〕 参见江必新编:《中华人民共和国行政诉讼法理解适用与实务指南》,中国法制出版社2015年版,第177页:“对此类因被告原因造成原告无法举证证明所受损失的情况,只要原告能够提供其主张的受损财产存在的初步证据,被告就应当承担原告受损事实不存在的举证责任,如果其不能提供充分证据反驳原告的主张,应当承担败诉责任。”

〔8〕 “证明责任判决始终是‘最后的救济(ultima ratio)’，或者说是‘最后一招’，如果为了使法官达到裁判之目的，就别无选择。”见前注〔5〕，〔德〕普维庭书，第27页。

〔9〕 见前注〔1〕，江必新、邵长茂书，第144页。

保护相对人合法权益的立法精神”。^{〔10〕}也有适用“举证责任倒置”的案例,如在“禄久顺、邢瑞英诉郑州市中原区人民政府行政强制措施及行政赔偿案”中,一审法院认为,由于被告违法的强制行为导致原告举证不能,仍要求原告承担举证责任不符合公平原则,故应由被告针对原告具体的赔偿请求提供相应证据,承担举证责任。最高法院在裁判要旨中将此归纳为,“因被告原因致原告虽能证明受到损害但对赔偿数额无法举证时,基于公平原则,赔偿数额的确定适用举证责任倒置”。此外,地方法院的一些案例中还有诸如“举证责任的转移”,^{〔11〕}乃至直截了当地将举证责任分配给被告的做法,^{〔12〕}虽不甚合法,^{〔13〕}但也不乏创意。这反映了这一时期法院对更为精细之证明规则的制度需求。

在《行政诉讼法》修订以后,最高法院在适用第38条第2款第2句时,其论证结构同样可按照上文所述三个基本问题展开描述。

第一,关于如何认定因被告原因导致原告无法举证的问题,在第91号指导性案例之前就已经形成一个大致模式,即通过确认被告行政机关在实施强拆等行政行为之前或实施过程中,未依法对涉案财物进行公证、登记、保全或制作物品清单等,导致原告无法就损害事实进行举证,即认定构成“被告致原告无法举证”。^{〔14〕}反之则不构成。比如,在最高人民法院“(2015)行监字第617号”案例中,原告(再审申请人)主张因被告(再审查被申请人)违法强制维修造成相关证据灭失,应适用第38条第2款免除其对损害事实的举证责任。法院认为,在强制维修过程中,相关部门已经对原告客厅物品进行了清理、封存、公证,并对卧室采取了张贴封条禁止他人进入的措施,并不存在其所称因违法强制维修造成相关财产损失的证据灭失的情形。然而遗憾的是,所谓未“依法”进行公证、登记、保全等,其所依为何法,是否包含由正当程序原则导出的不成文法律渊源,法院并未说明。换句话说,行政机关所承担的事先公证、登记、保全等义务是源于实定法上的义务,抑或抽象的正当程序,尚不可知。^{〔15〕}

第二,关于构成“被告致原告无法举证”的情形后,被告承担举证责任有何具体含义,最高人民法院的说理在个案之间既有分歧也有共性。分歧体现在,最高人民法院在其裁判说理中的表达,既有无可挑剔的“由被告承担举证责任”,^{〔16〕}也有不甚准确但仍符合规范意旨的“举证责任转移至被告”^{〔17〕}“免除原告举证责任”^{〔18〕}和“举证责任倒置”,^{〔19〕}但也有“适当降低原告证明标准”这样的

〔10〕 最高人民法院行政审判庭编:《中国行政审判案例(第3卷)》,中国法制出版社2013年版,第48~53页。

〔11〕 例如“(2007)苏行终字第90号”案例。

〔12〕 例如“(2008)金行初字第7号”案例。

〔13〕 客观证明责任并不能由法官在具体个案中任意分配或转移,在没有关于客观证明责任的规范时,由法官来分配客观的证明责任是不能成立的。参见张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2016年版,第235页。

〔14〕 例如“(2016)最高法行申66号”案例:“由于开发区管委会违法实施强制拆除且未依法制作物品清单,造成华凯公司辅料等物品损失无法确认,……开发区管委会应当承担相应的举证责任。”

〔15〕 在“(2017)最高法行再101号”案例中,最高人民法院认为:“因行政机关违反正当程序,不依法公证或者依法制作证据清单,给原告履行举证责任造成困难的,且被告也无法举证证明实际损失金额的,人民法院可在原告就损失金额所提供证据能够初步证明其主张的情况下,依法做出不利于行政机关的损失金额认定。”

〔16〕 例如“(2016)最高法行申791号”案例、“(2017)最高法行申2016号”案例等。

〔17〕 例如“(2016)最高法行申1594号”案例。

〔18〕 例如“(2016)最高法行申16号”案例。

〔19〕 例如“(2017)最高法行再43号”案例、“(2017)最高法行申9030号”案例等。上述用语之所以不甚准确,是因为按照证明责任理论通说,客观证明责任由法规确定,转移、免除、倒置仅能用于描述相对的法定证明责任规则,不能视作法官的裁量结果。换句话说,只要是规范已经确定的证明责任规则,本质上无所谓转移、免除或倒置,因为规范本来就是这么规定的。正确的用语,即只需说明根据某条规范,由某一方承担证明责任即可。参见胡学军:《证明责任倒置理论批判》,载《法制与社会发展》2013年第1期,第106~116页。

突破了实定法规范的表达。^{〔20〕}而共性则首先体现在,基于原告的损害事实主张区分普通物品与贵重物品。比如在“(2016)最高法行申 589 号”案例中,最高人民法院认为对于房屋有蜜蜡、黄金扑克等超出正常生活消费水平的贵重稀有物品的损害事实主张,原告“仍负有举证责任”。再如“(2017)最高法行申 2164 号”案例中,原告的损害事实主张除部分属于家庭生活正常消费范围内的物品外,还包括清朝红木两斗桌、银质水烟壶、古钱币 60 余枚、银元、半圆银元、外币银元、玉佛等贵重稀有物品,法院认为原告应当提供能够证明强制拆除发生时该物品仍在被拆除房屋内的证据。此外,共性还体现在由原告承担所谓的“初步证明责任”。在多个案例中,尽管法院已经认定了“被告致原告无法举证”的事实,但均强调原告并不因此而不负担任何举证责任,其仍然需要承担“初步证明责任”。如“(2017)最高法行申 2152 号”案例中,法院认为,“……课以被告举证责任,并不意味着原告可以随意提出损失数额,原告必须穷尽自己的举证责任,合理说明和证明财产损失事实客观存在,完成初步证明责任”。又如“(2017)最高法行申 7440 号”案例,法院提出,被告应当承担相应的举证责任,但并不能因此免除原告对受损物品的具体名称和价值提供初步证据或者合理说明的责任;原告的主张只是估算损失,并未提供具体受损物品名称和价值的证据或说明,因此“此项请求缺乏证据支持”。更有甚者,将“初步证明责任”与普通物品、贵重物品二分法相互勾连,提出:“当事人主张受损物品的种类不同,其承担的初步证明责任的证明程度也应当有所区别。对当事人提出的属于家庭生活正常消费范围内物品损失的合理主张,如果能够提供物品清单和价格说明,可以认定完成了初步证明责任;对当事人提出的超出正常生活消费水平的贵重稀有物品损失的主张,其应当提供能够证明强制拆除发生时该物品仍在被拆除房屋内的证据”。^{〔21〕}

第三,关于当被告也未能举证时如何裁判的问题,则与第 91 号指导性案例的处理方法较为一致,即采取法官酌定的方式避免通过证明责任的裁判。当被告也未能举证的情况下,多数判决中法院引用了《行政证据规定》第 54 条规定,^{〔22〕}强调法庭应当运用逻辑推理和生活经验,结合案件实际,全面、客观和公正地分析判断认定损失。^{〔23〕}从这一点可以看到后来的《适用解释》相关规定的端倪。此外,除了第 91 号指导性案例中的按市场价格、就高不就低原则,最高法院在其他判例中还用到了当地生活水平、^{〔24〕}本地实际情况、^{〔25〕}原告经济情况^{〔26〕}等参考因素,对赔偿数额做出有利于原告的酌定。^{〔27〕}

(三)《适用解释》之后的规范形态

2018 年初发布的《适用解释》第 47 条规定,首先在第 1 款对《行政诉讼法》第 38 条第 2 款作了补充性的复述,说明了本款规定的举证证明对象是“损害情况”,似乎有意强调因果关系不在此证

〔20〕 例如“(2017)最高法行申 26 号”案例。在本案中,最高法院颇费周章地强调第 38 条第 2 款第 1 句中原告的举证责任是一种结果责任、客观证明责任,却对第 2 句“被告承担举证责任”中举证责任模糊其辞,似乎暗示后者的举证责任并非是客观证明责任,有双重标准之嫌。

〔21〕 “(2017)最高法行申 2164 号”案例。

〔22〕 《行政证据规定》第 54 条:“法庭应当对经过庭审质证的证据和无需质证的证据进行逐一审查和对全部证据综合审查,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和生活经验,进行全面、客观和公正地分析判断,确定证据材料与案件事实之间的证明关系,排除不具有关联性的证据材料,准确认定案件事实。”

〔23〕 例如“(2016)最高法行申 16 号”案例、“(2016)最高法行申 589 号”案例等。

〔24〕 例如“(2016)最高法行申 3407 号”案例。

〔25〕 例如“(2017)最高法行申 2016 号”案例。

〔26〕 例如“(2017)最高法行申 8563 号”案例。

〔27〕 例如“(2017)最高法行再 101 号”案例。

明对象之列。其次在第2款为损失价值无法认定的情况新设了鉴定义务。结合本款中对鉴定设置的前提为“各方主张损失的价值无法认定”来看,鉴定作为一种证明方法,^[28]其意义主要在于为克服真伪不明而安插在法官酌定之前的倒数第二项手段,对证明责任的分配不产生影响。最后,第3款相当于吸收了《行政证据规定》第54条的内容,明确了在真伪不明的情况下,法官酌定作为确定损失数额的最后一项手段。从整体上而言,《适用解释》第47条规定并没有对《行政诉讼法》第38条第2款添附新的证明责任规则,其主要的作用是依托证明责任分配,为原被告新设了损害情况鉴定的法定程序,并重申了法官酌定在本款规定中的地位。

(四) 小结

综上所述,《行政诉讼法》第38条第2款“因被告原因导致原告无法举证”的规定,不仅直接来源于审判实践,而且在《行政诉讼法》修订以后,其规范的意涵不断受到判例的扩充。在构成要件与法律效果上,判例形成了违反法定义务、初步证明责任、普通物品与贵重物品的区别对待以及法官酌定原则这些规范上并不存在的要素,集中体现在第91号指导性案例所确立的审查模式上。尤其是普通物品和贵重物品的区别,按照多数案例中法院的说理,贵重物品的证明责任往往仍由原告承担。某种程度上说,这些要素已经超出了第38条第2款规定的语义范围,颇有独立的“司法解释”意味。同时我们也可以看到,这些要素在不同案件中存在不同的解读,难以把握其准确意涵。比如,违反法定义务,违反的究竟是什么样的法定义务?普通物品贵重物品二分是否合理?初步证明责任又有什么内涵?以及酌定又扮演着什么样的角色?带着这些问题,下文将首先探讨《行政诉讼法》第38条第2款的规定是否属于证明妨碍规则,并尝试建构第91号指导性案例的学理基础。

三、证明妨碍视角下的“被告致原告无法举证”

近年来,房屋征收和拆迁、违章建筑强制拆除等引发的行政赔偿案件越来越多,实践中法院对第38条第2款的“变通”适用,引起了学者的关注。就如何适用本款规定的问题,学者李年清提出了“证明妨碍”(也被称为“证明受阻”或“证明妨害”)作为其理论基础的观点。^[29]应当说,这一观点是具有启发性的,但本款规定究竟是否契合证明妨碍规则的构造,还需审慎视之。

在我国行政法语境之下,最早引起学者们关注证明妨碍问题的,或许可追溯到1995年一个曾引起热议的公安行政赔偿案件。^[30]学者何海波在评论这一案件时就明确提出,“公安机关违反尸检义务导致事实无法查清,这在证据法上可以视为‘证明的妨害’”。^[31]学者朱新力则对行政法上的证明妨碍作了较为深入的专门讨论,并将《行政证据规定》第69条“原告确有证据证明被告持有的证据对原告有利,被告无正当理由拒不提供的,可以推定原告的主张成立”的规定,视作证明妨碍规则在行政诉讼法上的体现。^[32]对此,学者黄学贤则认为,本条规定并不是严格意义上的证明妨碍规则,其直接目的在于促使被告依法履行法定的举证义务;同时也指出该规定受到了证明妨

[28] 参见张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2016年版,第212页。

[29] 见前注[2],李年清文,第89页;王鲲鹏文,第81~82页。

[30] 参见皮宗泰、洪其亚:《违法行为能否推定——对一起公安行政赔偿案件的分析》,载《行政法学研究》1998年第3期,第81~82页。行政法学界对这一案件的热烈讨论,某种程度上促成了修订后《国家赔偿法》新增的第15条有关因果关系举证责任分配的规定。

[31] 何海波:《举证责任分配:一个价值衡量的方法》,载《中外法学》2003年第2期,第134页。

[32] 参见朱新力:《司法审查的基准:探索行政诉讼的裁判技术》,法律出版社2005年版,第134~135页。

碍理论的影响,建议未来行政诉讼法在修改中应吸收其中的合理成分,并进一步完善证明妨碍的规定。^[33] 2018年《适用解释》第46条第3款的规定,可以说是证明妨碍在行政诉讼法中进一步完善的体现。^[34] 该款不仅明确了“妨碍故意”作为构成要件,还区分了证明妨碍的法律效果和法律责任。此外,《适用解释》第46条的第1款和第2款规定则是《行政证据规定》第69条的延续和扩展。因此,称本条规定为行政诉讼中的证明妨碍规则,应无争议。那么,紧随其后的第47条,以及对应的《行政诉讼法》第38条第2款规定,是否也属于证明妨碍规则呢?

(一) 构成要件与法律效果不相匹配

从证明妨碍规则的视角来看,《行政诉讼法》第38条第2款的规定存在构成要件与法律效果上不相匹配的情况。首先,证明妨碍的主观要件要求被告行政机关的证明妨碍行为具有主观上的可归责性。如《适用解释》第46条第3款规定,即要求当事人存在“妨碍对方当事人使用为目的”的主观故意。而《行政诉讼法》第38条第2款并未对被告致原告无法举证的行为是否存在故意或者过失做出规定。其次,妨碍人的主观可归责性是证明妨碍法律效果的重要考量因素。《行政诉讼法》第38条第2款为“被告致原告无法举证”设定的法律效果,只有唯一的“被告承担举证责任”。法院对于何种情况下构成“被告致原告无法举证”,通常以被告是否违反法定的登记、保全等义务来认定,而并未考虑被告引起原告无法举证的原因行为是否存在过错。再次,尽管在诉讼之前也可构成证明妨碍,但对于诉讼前引起的证明妨碍行为,须审酌妨碍人的所有情事,并被认为是应当认识该证据方法于将来诉讼中将被利用时,才可以构成过失证明妨碍行为。^[35] 当事人对于诉讼中的证据,无论对自己有利或不利,均应妥善保管;而在诉讼之前,要求当事人保管所有可能的证据,不具有可期待性。换言之,如果证明妨碍行为发生在诉讼之前,那么对于行为人的过失程度应当要求较高。^[36] 尽管《行政诉讼法》第38条第2款没有做出限定,但从司法实践来看,法院认定的“被告致原告无法举证”情形绝大多数发生在诉讼之前,而被告的过失程度并不是法院对其施加法律效果的考量因素。从法律效果的角度来看,不考虑过错程度而一概适用证明责任转移,也比推定待证事实为真实、降低证明难度等来得严厉。最后,法院在适用《行政诉讼法》第38条第2款时所考量的,是与主观可归责性看似毫无关联的损失情况,即贵重物品与普通物品之分。因此,退一步讲,即便《行政诉讼法》第38条第2款属于证明妨碍规则,也很难用来解释司法实践中法院的这一做法。

(二) 第38条第2款的内在矛盾

证明妨碍规则中,当事人不仅对妨碍行为本身需要存在故意或过失,而且对所妨碍的证据在将来的诉讼中有被利用的可能性要有认识或应当认识。换言之,由该当事人妥善保管相关证据是具备可期待性的。但在行政诉讼中,结合司法实践来看,在发生“被告致原告无法举证”的情形之时,事先由被告行政机关妥善保管相关证据并不总是具备可期待性。比如,行政机关在实施强制拆除时,错把相邻建筑当作违章建筑拆除,^[37] 则不可能还会对屋内物品进行登记造册、公证保全。

[33] 参见黄学贤:《行政诉讼中的证明妨碍制度探讨》,载《东吴法学》2007年春季卷,第195页。

[34] 《适用解释》第46条第3款规定:“持有证据的当事人以妨碍对方当事人使用为目的,毁灭有关证据或者实施其他致使证据不能使用行为的,人民法院可以推定对方当事人基于该证据主张的事实成立,并可依照行政诉讼法第59条规定处理。”

[35] 参见姜世明:《新民事证据法论》,厦门大学出版社2017年版,第199~200页。

[36] 参见包冰峰:《实体与程序之调和:证明妨碍的客观要件探究》,载《证据科学》2013年第6期,第678页。

[37] 《男子在外务工房子被拆,施工队:拆错了,赔三千行不?》(<https://news.163.com/19/0117/20/E5OHS6N30001875P.html>,最后访问时间2019-02-22)。

显然,这种情形下被损毁的屋内物品,是行政机关不可能事先预见的。此时再将举证责任转移给被告,就没什么实际意义。《行政诉讼法》第38条第2款规定的自相矛盾之处,就在于此。反观民事领域,侵权法上存在过错推定、因果关系推定,但并不存在损害事实推定,一般不可能发生损害事实由侵权一方承担证明责任的情况。道理是一样的,通常来说受害人对自身的损失情况具有更充分的了解,而客观上也不可能期待加害人在实施加害行为前后还保存有关损害事实的证据。比如,假设一辆个体营运的货车撞毁路边房屋,导致屋主难以对屋内物品损失情况进行举证;无论货车司机存在故意还是过失,损失情况的证明责任都不可能由谁来承担。行政机关误拆合法建筑而造成屋内物品的灭失,在导致原告无法就损失情况进行举证的同时,其行为本身也是一种侵害财产权的行为。无论行政机关出于故意还是过失,其强拆行为客观上与货车司机的行为无异。在这样的情况下,本质上无法将证明责任由原告转移给被告。比如屋主主张屋内存放有名贵古董,但又无法举证证实这一事实主张;当法官最终无法形成该损失存在的心证时,若由加害人承受真伪不明的不利后果,由此认定该损失存在的话,显然是不公平的。因加害人的侵害行为导致原告无法举证,的确造成了客观上的诉讼武器不均等;但为此法官可通过调整证明标准、证明评价等方式降低原告的证明难度。但无论如何证明责任始终在原告一方,损失情况真伪不明时仍由原告承担不利后果。转移给被告是没有意义的,一是对加害人而言是不公平的,二是也不可能促使加害人在侵权行为发生前后保存损害事实相关的证据。

不过,现实中误将合法建筑当作违法建筑拆除的情况比较少见,绝大多数情况下即便被告辩称是“误拆”,实际上也是由行政机关有目的地实施的。在这些情形下,行政机关在实施侵害行为前后保存有关损失情况的证据,是具有可期待性的。这一点可以结合证明妨碍构成要件中的证明协力义务来理解。

(三) 证明协力义务的启示

违反事先存在的证明协力义务是构成证明妨碍的行为要件。^{〔38〕} 若不以协力义务之违反为前提,则无异于要求不负证明责任的当事人负担一般性的提出证据义务,无论该证据是对己有利的还是不利的,这在本质上不具有可期待性,且使得证明责任分配规则遭到架空。^{〔39〕} 因此,上述货车司机假使同时兼任了屋内货物保管员,则他便有义务协助保管或提出有关屋内货物相关采购单据、交易或装卸货记录等证据;若他拒不提供或刻意损毁,则因其撞毁房屋导致证明困难的不利后果,便有可能由他来承担。同理,若行政机关负担有某种“协力义务”,则可期待其在实施侵害行为前后保存有关损失情况的证据。

以第91号指导性案例为代表的违法强拆案件为例,行政机关在实施强制拆除行为前后,须遵守法律法规所确定的一系列程序性义务。就此而言,第91号指导性案例以及其他案例未能指明的法定义务,广泛分布在《行政强制法》、国务院的《国有土地上房屋征收与补偿条例》、建设部(已撤销)的《城市房屋拆迁工作规程》、司法部的《房屋拆迁证据保全公证细则》等法律法规和其他规范性文件当中。包括但不限于:强制拆除前的公告义务;通知被拆迁人到场义务;组织有关人员到场见证义务;屋内物品证据保全义务;对屋内物品清点登记、分类造册并交公证人员、见证人以及被拆迁人签名的义务;将物品挂签标码、妥善存放义务;通知当事人领取物品的义务;等等。一些

〔38〕 见前注〔36〕,包冰锋文,第679~683页。另有学者将证明协力义务单独作为客观要件之一。参见毕玉谦:《民事诉讼证明妨碍研究》,北京大学出版社2010年版,第262页。

〔39〕 参见姜世明:《对于所谓“应负举证责任一造当事人有证明妨碍”见解之质疑——评台湾台北地方法院九十年度诉字第一八一八号民事判决》,载《月旦法学杂志》2006年第11期,第225页。

地方性法规如《广州市违法建设查处条例》还有更为细致详细的规定。这些义务相对于拆除决定、征收决定等行政行为而言具有一定的独立性。虽然也可能因征收决定、补偿协议等相关问题而被宣告违法,但行政机关在实施侵害行为时却可能遵守了相应的程序性义务。与误拆合法建筑的侵害行为不同之处在于:虽然也可能导致原告就损失情况难以举证,但被告事先对程序性义务具有或应当具有明确的认识,理应能够协助证明损失情况。在这种情况下,发生因被告原因导致原告无法举证的情况时,将证明责任转移给被告才是有实际意义的。例如“(2017)最高法行申 5086 号”案例所指出的那样,“……贺州市执法局提供照片、公证处视频、《物品搬离清单》,已经承担了法定的举证责任”。^{〔40〕}

然而这种程序性义务严格来说并非证明妨碍规则意义上的证明协力义务,因为部门行政法规在制定这些程序时,主要是为行政相对人提供程序性权利,避免损害发生,而不是主要为了让诉讼中举证活动能够顺利进行。但透过证明协力义务的视角来观察,我们得以区分两种不同类型的行政侵权行为,进而判断何者具有保管有关损失情况证据的期待可能性。下文即以此为出发点,结合行政侵权的相关理论,尝试构建“被告致原告无法举证”的理论框架。

四、“被告致原告无法举证”的理论构造

修订后的《行政诉讼法》取消了具体行政行为的提法,而将具体行政行为与事实行为等一并统称为行政行为,这有利于公民更加便利地提起行政诉讼。但是,行政行为概念本身在学理上有其区分之必要,尤其在行政侵权和国家责任领域。过去所谓的具体行政行为和行政事实行为,在发生侵权事实而引起行政赔偿责任时,不仅对所适用的法律程序有影响,在证明责任问题上也存在区别。

(一) 形成性行政侵权与事实性行政侵权

对于引起行政赔偿争议的行政活动,法国行政法上有一个基本的区分:“可执行的行政决定”(décisions exécutoires)和“实质性事实”(faits matériels)。对于前者,行政赔偿责任的构成,须以该可执行之行政决定被宣告违法或撤销为前提。对于后者,由于引起损害的行政活动仅仅是一种事实,并不存在可被宣告违法或撤销的行政决定,因此责任的构成无须考虑违法性问题。^{〔41〕}这一划分方式,基本能够对应我国行政法中具体行政行为和事实行为在行政赔偿制度上的区分。^{〔42〕}

因行政机关执行“可执行的行政决定”(对应具体行政行为)引起公民权益损害的行政活动,通常是基于法定职权,通过先做出行政决定、再执行该行政决定的方式,有目的地做出侵害行为,如强制拆除违建。由于是一种高权行为,引起的损失本身便是行政活动的目的或所追求的效果,因此行政机关对损害范围、侵害方式、损失情况等具有控制和支配的能力或地位。以其法律关系之形成性为特色,本文且称之为“形成性行政侵权”。

因“实质性事实”(对应事实行为)引起公民权益损害的行政活动,通常与法定职权无必然联系。虽然也是在行政机关执行公务过程中引发,但其行为不带有侵害目的性,纯粹为既成事实

〔40〕 最高人民法院(2017)最高法行申 5086 号行政裁定书。

〔41〕 See Duncan Fairgrieve: *State Liability in Tort: A Comparative Law Study* (Oxford: Oxford University Press, 2003), pp.28 - 30.

〔42〕 《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》第 21 条:“赔偿请求人单独提起行政赔偿诉讼,应当符合下列条件:……加害行为为具体行政行为的,该行为已被确认为违法……”

的侵害结果,如拆除违建时误拆合法建筑。由于不是高权行为,引起的损害非行政职权的当然内容,亦非行政法体系内所特有,因此对损害范围、侵害方式、损失情况等,行政机关与普通民事侵权人相比并无特别的控制和支配能力。以其法律关系之事实性为特色,本文且称之为“事实性行政侵权”。

行政机关若是基于法定职权需要,如为了消除安全隐患等,破坏房屋本身便是职权行为的目的,则所引起的损害为形成性损害。相应地,在损害范围、侵害方式上行政机关须遵守比例原则,在能够达到行政任务尽可能以最小侵害的范围和方式进行。倘若行政机关误将相邻的合法建筑破坏,或在途中撞坏无关房屋,则属事实性损害。显然,此时的行政机关与私法上的侵权主体并没有本质差异。

对于事实性行政侵权,由于与普通民事侵权没有本质上的区别,在发生侵权事实的前后,无法期待作为加害人的行政机关保存与侵权事实相关的证据。因此在这种情况下,当原告就损失情况无法举证时,适用《行政诉讼法》第38条第2款将证明责任转移给被告就缺乏实际意义。结合修法前后的司法实践来看,我们有理由推断《行政诉讼法》第38条第2款的规定主要针对的并不是上述事实性行政侵权行为,而是形成性行政侵权行为。

以第91号指导性案例为典型的相关案例中,行政机关侵害公民权利的行为具备履行行政职权的目的性,属于形成性行政侵权。行政机关对损害范围、侵害方式、损失情况等具有控制和支配的能力或地位,为此承担着法律法规所确定的一系列程序性义务。本质上,除了法律明确规定的,只要是行政机关对行为标的物处于一种控制和支配的优势地位,这种程序性义务就还可从行政惯例、行政协议和法律原则等非正式法源中导出。诸如依行政协议(尤其是执行和解协议)、行政惯例、行政允诺以及正当程序原则,均可成为这种程序性义务的来源。在发生侵权事实的前后,无论是行政相对人还是法官,对行政机关保存与侵权事实相关的证据具有合理的期待。因此在这种情况下,当原告就损失情况无法举证时,适用《行政诉讼法》第38条第2款将证明责任转移给被告就具有实际意义。

(二) 因原告自身原因致原告无法举证

对于形成性行政侵权而言,在诉讼发生之前,行政机关就有义务对日后可能被用于诉讼程序中的证据进行妥善保管,无论这种证据对自己有利还是不利。换言之,在诉讼过程中,即便不发生“因被告原因导致原告无法举证”的事实,对自身的侵害行为并未造成损失或损失程度更低的主张,行政机关亦承担着提出证据的主观证明责任。因此,当发生“因被告原因导致原告无法举证”的情形时,由被告承担证明责任,在本质上相当于提出证据的主观证明责任转变为了客观证明责任。如果行政机关无法证明自身的侵害行为并未造成损失或损失程度更低,则将承担相应的不利后果。那么,如何理解实践中法院将贵重物品损失和普通物品损失区别对待的这一做法呢?

在本文看来,这是由于造成贵重物品损失原告无法举证的后果,很多情况下并不是或不仅仅是被告所致。在本文讨论的典型情境下,无论是普通物品还是贵重物品,行政机关固然都有义务进行公证保全、清点登记并妥善保管;但是,相对人亦有义务及时提醒行政机关某样物品系属贵重物品,指明行政机关正确的搬运和保存方法,标示贵重物品的存放位置,乃至对极端贵重物品自行采取必要的措施避免损毁或遗失。在有些案件中,原告在诉讼过程中所主张的贵重物品藏在房屋隐蔽之处,如藏在房屋炕上洞内饼干盒里的40万元现金,^[43]有些是在实施拆除之

[43] 参见“(2016)最高法行申66号”案例。

前和当时没有及时告知和提示贵重物品的存在，直到诉讼中才提出。^{〔44〕} 还有些案件，当事人已搬离涉案房屋，对行政机关即将实施的拆除行为已具备一定的预期；^{〔45〕} 其后在诉讼中主张拆迁导致屋内贵重物品的损失，但又不能说明为何事先没有自行转移该贵重物品或提醒行政机关。^{〔46〕} 对于这些情况，除非原告有充分理由将贵重物品留在即将被拆除的房屋内，且被告行政机关在拆除过程中能够知晓或应当知晓这一物品的存在，行政机关若严格遵守相关法定程序能够避免物品毁损的，那么可认为导致原告无法举证的并非是“被告原因”。否则，根据日常生活经验，就算行政机关完全遵守法定程序也仍然无法避免损毁的，行政机关便无从知晓其行为的本质及其后果，对该贵重物品的保存更是不具有可期待性。法律法规所规定的程序性义务，不可能要求行政机关不顾效率地去寻找任何可能被损毁的财物。对于这类情况下所谓贵重物品的损害，行政机关对其损害范围、侵害方式、损失情况等并不具有控制和支配的能力或地位。因而，其实施的侵害行为实属事实性行政侵权，由其保管贵重物品损失相关证据是不具有可期待性的，证明责任转移给行政机关没有意义。简言之，由于“原告无法举证”的结果亦有原告自身作为或不作为的原因，而并非单纯由被告原因所导致，则可认为不构成“因被告原因导致原告无法举证”。

因此，一些案件中普通物品和贵重物品的区分，其本质是行政侵权行为类型的区分。普通物品的损害并非在任何情况下都将构成“因被告原因导致原告无法举证”，贵重物品的损害也并非在任何情况下都不构成“因被告原因导致原告无法举证”。确实存在贵重物品时，原告若已尽到了合理的及时告知和提示义务，行政机关就应当承担相应的妥善保管义务。如若损毁，哪怕是贵重物品，也应认定为“因被告原因导致原告无法举证”。而当原告未尽到合理的及时告知和提示义务，且根据日常生活经验，非原告提示便无法发现、识别和保存的，行政机关就无法履行妥善保管义务，其侵害行为转化为事实性行政侵权。如若损毁，哪怕是普通物品，也不应认定为“因被告原因导致原告无法举证”。综上，行政侵权行为类型与证明责任之间的关联可简要概括为下表：

表 1 行政侵权行为类型与证明责任之间的关联

行政侵权行为类型	形成性行政侵权	事实性行政侵权
与法定职权的联系	具有职权目的性	不具有职权目的性
与民事侵权的区别	行政机关对损害范围、侵害方式、损失情况等具有控制和支配的能力或地位；须遵守比例原则，最小侵害原则	行政机关对损害范围、侵害方式、损失情况等，与普通民事侵权人相比并无特别的控制和支配能力
保存证据的可期待性	具有可期待性	不具有可期待性
保存证据的特点	主动保存：无须当事人配合，行政机关依职权应主动履行保存相关证据的义务	被动保存：须当事人配合，才能履行保存相关证据的义务，避免相关损失的发生

〔44〕 例如“(2017)最高法行申 26 号”案例。

〔45〕 例如“(2018)最高法行赔再 4 号”案例。

〔46〕 例如“(2016)最高法行申 589 号”案例。

续表

行政侵权行为类型	形成性行政侵权	事实性行政侵权
对应部分判例中的审查要素	行政机关依法本应予以妥善保存的往往是“普通物品”	非经原告配合便无法妥善保存的往往是“贵重物品”
对应规范上的审查要素	行政机关未履行保存证据的义务,构成因被告原因导致原告无法举证	原告无法举证的结果有原告自身的原因,不构成因被告原因导致原告无法举证
对应规范上的法律效果	被告承担证明责任	原告承担证明责任

（三）初步证明责任的本质

关于初步证明责任,综合前文对判例的整理归类来看,一部分案件中所谓的“初步证明责任”,本质是原告的“主张责任”。“主张责任”是指,当事人必须提出确切具体的事实主张,以此来说服法官承认当事人所期望的法律后果的小前提(要件事实)。〔47〕 举证总是围绕具体的事实主张展开的。在被告承担证明责任情况下,如果原告仅概括、抽象地主张损失,而不说明具体是什么物品遭受损失、其价格多少、损害程度大小,那么被告根本无法展开举证活动。如“(2017)最高法行申 7440 号”案例:“……现朱晨昕的主张只是估算损失,并未提供具体受损物品名称和价值的证据或说明,朱晨昕此项请求缺乏证据支持。”对于本质为主张责任的“初步证明责任”,原告只需提供物品清单和价格说明即可,与其称其“举证”,不如说是“主张”。如“(2017)最高法行申 2164 号”案例:“对当事人提出的属于家庭生活正常消费范围内物品损失的合理主张,如果能够提供物品清单和价格说明,可以认定完成了初步证明责任。”

除去本质为主张责任的“初步证明责任”以外,判例中还存在一种本质为客观证明责任的“初步证明责任”。要认清这一点,我们需要探究“初步证明责任”是什么。行政诉讼中的“初步证明责任”是学理上的概念,规范上并不存在。多数涉及此概念的文献,指向同一处来源,〔48〕即由学者马怀德所著的《国家赔偿法的理论与实务》一书。〔49〕 据其论述,“初步证明理论”是为了解决原告举证能力弱,但若采取被告负证明责任又难免出现原告滥施赔偿请求的问题。应当说,这一理论本身是有积极意义的,唯作者将初步证明理论与德国的表见证明理论、英美的表面可信证据相混同,则不甚准确。表见证明与表面可信证据具有实质差异,前者是一种证据评价规则,后者则是证明标准的降低。〔50〕 若采用表见证明的理解,原告仅需提供证据证明,其所主张的损害事实存在乃是基于“典型事实经过”,即可宣告证明成功;〔51〕若采用表面可信证据的理解,法官可以适当降低原告举证证明损失情况的证明标准。可以确定的是,“初步证明责任”无论是采用表见证明的理解,还是采用表面可信证据的理解,都是为了降低原告的证明难度,但客观证明责任均未发生转移,均仍由原告承担。换言之,“初步证明责任”本身就是克服原告证明不能或证明困难的一种法

〔47〕 见前注〔5〕,〔德〕普维庭书,第 65 页。

〔48〕 例如章剑生:《现代行政法基本理论·下卷》,法律出版社 2014 年版,第 828 页。

〔49〕 参见马怀德:《国家赔偿法的理论与实务》,中国法制出版社 1994 年版,第 181~182 页。

〔50〕 参见周翠:《从事实推定走向表见证明》,载《现代法学》2014 年第 6 期,第 118 页。

〔51〕 比如,厂房内堆放的原材料在行政机关强拆过程中损毁,若采用表见证明的理解,原告如果无法直接就损害事实举证,则只要证明这些原材料是其日常生产经营所必需的,法官即可推定原材料损害事实存在。但这种情况下,并不发生第 38 条第 2 款第 2 句证明责任转移给被告的效果,证明责任仍然在原告一方。

律效果,程度上相比证明责任转移更轻,但由于证明责任仍由原告承担,并不能与证明责任转移同时使用。所以,一些案例中原告对贵重稀有物品的损失主张承担的“初步证明责任”本质无异于客观证明责任。只是,由于贵重物品损害有原告的部分原因,因而不构成“因被告原因导致原告无法举证”,证明责任仍由原告承担。但原告的确存在举证上的困难,于是“初步证明责任”起到了为原告降低证明难度的效果,无论这种“初步证明责任”是指表见证明或是表面可信证据。这在一定程度上解释了在某些判例中法院运用经验法则推定损害事实存在,^[52]以及降低原告证明标准的做法。^[53]

(四) 酌定的应用

损害赔偿额的酌定(Schadensschätzung),也称损害额认定,是指在损害赔偿诉讼中,如果损害事实确已发生,但权利主张者难以证明或无法证明具体损失大小时,从诉讼公平角度出发,赋予法官根据言词辩论情况和证据材料对该损害赔偿数额做出裁量的制度。^[54]一般认为,这种制度同样是为了克服真伪不明状态,避免运用证明责任规则做出裁判的法律技术。^[55]我国《侵权责任法》第20条即是这一法律技术在规范上的体现。^[56]对于《行政诉讼法》第38条第2款而言,当被告承担证明责任时,如果被告也未能举证,导致损害事实真伪不明,根据《行政证据规定》第54条,法官亦有做出酌定的权限。只是在《适用解释》出台后,在法官酌定之前还需经鉴定程序。

适用酌定制度的前提要件有二:损害确实存在,以及损害额难以证明或无法证明。^[57]因此,关于损害是否确实存在,仍须适用规范上的一般证明责任规则来认定,法官无法酌定;只有当法官确认损害确实存在,才能就损害额进行酌定。在构成被告原因导致原告无法举证的前提下,证明责任依法转移给被告,当被告未能举证时,其所承担的不利后果便是原告所主张的损害事实被认定为存在。

需要着重关注的是,在我国的司法体制大背景下,法官酌定的不当适用容易侵蚀证明责任规则的实际效用。实践中,出于对案件事实不明的忌讳,法院会尽可能避免真伪不明的状态,至少在表面形成确信,因而证明责任作为技术规范很少使用。^[58]在行政诉讼中,几乎所有案件都是以“事实清楚、证据确凿”结案,因而有学者甚至提出,我国行政诉讼不存在客观证明责任。^[59]这当然是过于夸张了,依据证明责任做出裁判的情况固然是稀少,但客观证明责任在诉讼过程中仍然发挥着不可磨灭的功效。比如碰到被告拒不提供对原告有利证据的情况,实践中法院也会主动援引《行政证据规定》第69条,推定原告主张成立。^[60]《行政诉讼法》第38条第2款也应如此,法官

[52] 例如“(2016)最高法行申66号”案例。

[53] 例如“增城市大恒科技实业有限公司诉增城市蛾乡规划局行政强制拆除案”,载最高人民法院行政审判庭编:《中国行政审判案例(第3卷)》,中国法制出版社2013年版,第48~53页。

[54] 参见毋爱斌:《损害额认定制度研究》,载《清华法学》2012年第2期,第114页。

[55] 参见黄毅:《损害赔偿额之酌定:基于诉讼公平的考量》,载《法学论坛》2012年第4期,第146~152页。

[56] 本条规定:“……侵权人因此获得的利益难以确定,被侵权人和侵权人就赔偿数额协商不一致,向人民法院提起诉讼的,由人民法院根据实际情况确定赔偿数额。”

[57] 见前注[54],毋爱斌文,第124页。

[58] 参见张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2016年版,第237~238页。

[59] 参见王振宇、阎巍:《论行政诉讼证明责任的重构》,载《法律适用》2014年第1期,第46页。

[60] 例如“(2012)邹行初字第486号”案例、“(2013)长中行终字第131号”案例、“(2015)上行初字第8号”案例、“(2017)津0102行赔初9号”案例等。

的酌定应有所限制,依法应由承担证明责任一方来承受不利后果的风险,不能任意地用法官酌定来代替,否则证明责任规则就形同虚设。比如,在被告知晓或应当知晓贵重物品存在,而仍未采取必要措施避免物品损毁的情况下,法官若仍以一般市场价格来酌定原告的损失额,就无异于帮助被告大大减轻甚至完全逃脱了其本应承担的证明责任不利后果。这样的做法犹如在告诉行政机关,哪怕真的有贵重物品遭其损毁,实施违法强拆的成本也不过按照一般市场价格来酌定损失赔偿额而已。只要经过简单计算,得出实施违法强拆的效用高于成本的结论,行政违法不仅得不到遏制,反遭变相地鼓励。

酌定制度的设计本身是为了保护被侵权人的利益,以免其因难以证明损害额度而得不到救济。^[61] 因此,为了防止法官酌定成为被告逃脱证明责任的工具,《行政诉讼法》第 38 条第 2 款中的法官酌定,需要强调其应用的前提乃是出于保护行政受害人即原告的利益,而不能被用来减损原告的权益。这一方面要求法官在实施酌定之前,必须运用证明责任规则对原被告双方形成有效威慑,促使双方积极举证、查明损害事实、形成法官心证,而不应使其产生“证明责任的不利后果最差也不过是法官酌定”的预期,尤其应当避免在被告恶意违反法定程序的情形下,用法官酌定代替其证明责任的不利后果。另一方面,只有在被告也未能举证,但适用证明责任规则做出裁判会导致原告更加难以获得救济的情况下,才能适用法官酌定;且除了依照《行政证据规定》第 69 条(或《适用解释》第 47 条)的规定外,还应遵循前述第 91 号指导性案例等所确立的最大限度保护被侵权人合法权益的原则,对损失赔偿额做出有利于原告的酌定。

五、结 论

综上所述,适用《行政诉讼法》第 38 条第 2 款第 2 句规定的主要场合是形成性行政侵权。对于事实性行政侵权,证明责任转移给被告没有实际意义。

在形成性行政侵权的场域内,适用本款规定的基本逻辑可归纳为如下三个要点:

第一,在诉讼发生之前,行政机关有义务对日后可能被用于诉讼程序中的证据进行妥善保存。若行政机关未遵守这些义务而导致原告对相关损失情况无法举证,即构成“因被告原因导致原告无法举证”。

第二,当“原告无法举证”的结果亦有原告自身作为或不作为的原因,导致行政机关履行保存义务不具有可期待性,则不构成“因被告原因导致原告无法举证”,损失的证明责任仍由原告承担。

第三,无论承担证明责任的是原告还是被告,损失的主张责任均由原告承担,原告对其所主张的损失情况须说明具体是什么物品遭受损失、其价格多少、损害程度大小等。对于仍由原告自己承担证明责任的损害事实主张,法官可运用表见证明或表面可信证据等法律技术,适当减轻原告的证明难度。

上述要点分别对应判例中的法定义务违反、普通物品和贵重物品二分、初步证明责任三项审查要素。此外,根据《适用解释》第 47 条第 3 款,法官酌定的适用必须尊重本款证明责任规则。只有当被告也未能举证,案件事实真伪不明,但适用证明责任规则做出裁判会导致原告更加难以获得救济的情况下,才能适用法官酌定,且须遵循有利于原告的酌定原则。

贵重物品、普通物品区别对待的做法,透露出法院预防原告任意夸大损失、滥用本款规定的考

[61] 参见[日] 新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社 2008 年版,第 395~396 页。

虑。但在极端情形下,比如行政机关严重违反法定程序实施突袭式暴力强拆,此时若仍按照表面上的贵重物品普通物品二分法,贵重物品损失的证明责任仍由原告承担,则显然有违公平。根据本文的分析,只要原告无法举证的事实没有原告自身的原因,而被告事先承担保存相关证据的义务,则哪怕是贵重物品,其损失情况也由被告承担证明责任。而从学者何海波提出的价值衡量方法来看,期待通过证明责任规则塑造行政机关未来的行为,^[62]则这种情况也应当对被告行政机关施以最严厉的法律后果;否则就如著名的福特 Pinto 汽车案那样,^[63]行政机关只需计算暴力强拆的成本与效益,根本无须担忧证明责任的不利后果。反之同理,如果在任何情形下损失情况的证明责任都转移给被告,那么行政机关无疑承受了极其沉重的程序性义务,不仅需要随时注意可能损毁的普通财物,还需要主动去寻找可能存放于屋内隐蔽位置的贵重物品,哪怕原告当事人没有做任何提示。这无疑会助长原告在行政诉讼中极力夸大损失、滥用本款规定的现象。总而言之,证明责任规则终归只是损害发生以后分配诉讼风险的一种法律技术;制定完善的行政程序并严格遵守之,相对人与行政机关互相配合,以预防损害发生,避免“被告致原告无法举证”的情况出现,才是解决问题的根本出路。

Abstract Article 38 Section 2 of Administrative Litigation Law establishes a new rule, which imposes the burden of proof on the defendant when the inability of the plaintiff to provide evidence is caused by the defendant in a case of administrative compensation or indemnity. This rule is not strictly a rule of spoliation of evidence. The model and the elements of judicial review in Guiding Case No. 91 of the Supreme People's Court and other relevant cases are not without any theoretical foundation. Administrative torts can be further categorized into two: executable and factual ones. Only in the case of executable administrative tort should this rule be effective. The judicial reasoning can be demonstrated as: first, the defendant's violation of legal obligations caused the plaintiff's inability to provide evidence; second, no causation links between the fact of the plaintiff's inability and her/his own fault; third, the burden of proposition is still on the plaintiff, and the court could reduce the burden according to the circumstances. In addition, the judge's discretion should be premised on protecting the plaintiff's rights.

Keywords Administrative Litigation, Burden of Proof, Administrative Tort, Guiding Case

(责任编辑:蒋红珍)

[62] 见前注[31],何海波文,第138页。

[63] *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, 119 Cal.App.3d 757 & 174 Cal.Rptr.348 (1981).