

# 我国行政公益诉讼举证责任分配问题探讨

葛先园

(安徽财经大学 法学院, 安徽 蚌埠 233030)

**摘要:**对于行政公益诉讼举证责任的分配,学界有不同的观点,《行政诉讼法》和相关司法解释也未专门规定。通过对普通行政诉讼举证责任分配原则的分析,发现普通行政诉讼中的“举证责任倒置”仅是表象,其在本质上仍遵循“谁主张、谁举证”原则。学理上来看,行政公益诉讼举证责任的分配也不例外。据此,行政公益诉讼起诉人应对诉讼主张直接产生的待证事实,以及诉前检察建议的合法性承担举证责任。如果被告主张其未履行或未全面履行检察建议具有合法性,则该主张的举证责任由被告承担。

**关键词:**行政公益诉讼;诉讼主张;待证事实;举证责任

中图分类号:D922.1

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2019)01-0053-05

## 一、引言

行政诉讼举证责任是指当事人在诉讼中须对待证事实提供相关证据加以证明的责任,如果不能对待证事实提供证据并加以证明,将在诉讼中承担不利的诉讼后果,其本质和价值在于,在待证事实真实性不能被认定的情况下,“它告诉法官应当如何作出判决”<sup>[1][3]</sup>。对于普通的“民告官”行政诉讼,我国《行政诉讼法》第 34 条第 1 款和第 38 条分别规定了被告和原告的举证责任,形成了所谓“以被告承担举证责任为原则,以原告承担举证责任为例外”的格局(简称“以举证责任倒置为原则”的格局)。按照权威部门的解释,行政诉讼举证责任如此分配的理由主要有三个:其一是贯彻公平原则,实现行政程序与行政诉讼程序权利义务的平衡;其二是被告的举证能力更强;其三是促进行政机关依法行政,防止其滥用职权。<sup>[2]</sup>然而,2017 年 6 月 27 日再次修订《行政诉讼法》时,在第 25 条增加了一款作为第 4 款,构建了由人民检察院作为起诉人的行政公益诉讼制度,楔入了“官告官”的要素。随后,最高人民法院、最高人民检察院又于 2018 年 2 月联合公布了《关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(下文简称“两高解释”),细化了行政公益诉讼的规则。

由于行政公益诉讼起诉人与普通行政诉讼原告明显不同,行政公益诉讼中的举证责任承担,无论保持与普通行政诉讼举证责任一致,还是发生变化,都要有学理上的厘清和规范上的明确。《行政诉讼法》和《两高解释》都没有针对行政公益诉讼而规定新的举证责任规则,似乎默认了行政公益诉讼与普通行政诉讼的举证责任具有一致性。但已有学者指出,行政公益诉讼中的起诉人与传统行政诉讼中的原告的举证责任不能等同<sup>[3]</sup>,因为行政公益诉讼中,起诉人不是行政程序中的相对人或利害关系人,不存在需要实现行政程序与行政诉讼程序权利义务平衡的问题,同时也很难说被告比公益诉讼起诉人检察院的举证能力更强。基于此,有学者建议,“行政公益诉讼的举证责任规则应当综合适用‘谁主张,谁举证’与‘举证责任倒置’的规则”,“由检察机关承担提出初步证据的举证责任”,“同时又不减免行政机关的举证责任,特别是在行政行为的合法性问题上,行政机关仍应承担主要的举证责任”<sup>[4]</sup>。

收稿日期:2018-11-22

作者简介:葛先园(1971—),男,安徽六安人,博士,安徽财经大学法学院教授,硕士研究生导师。

基金项目:安徽省社科规划一般项目“行政诉讼法修订后实施效果研究”(AHSKY2016D03)

然而,何谓初步证据?如何划定初步证据的范围?“同时又不减免行政机关的举证责任”究竟是指举证责任要由检察机关和行政机关共同承担?还是意味着检察机关承担举证责任仅是“虚晃一枪”,举证责任仍由被告行政机关承担?前述学者的建议显然非常模糊,不易操作,且有矛盾之处。如何真正解决行政公益诉讼举证责任的分配问题?本文认为,“解铃还须系铃人”,只有在学理上揭开普通行政诉讼中举证责任分配原则的面纱,才会有答案。本文拟先疏释普通行政诉讼举证责任分配原则的实质,再演绎行政公益诉讼中起诉人和被告的举证责任,以求引起学界对此问题的重视和更多研究,为立法者未来的抉择提供参考。

## 二、行政诉讼举证责任分配原则的表象与实质

我国学界对于行政诉讼举证责任分配原则主要有两类观点:一是通说,认为行政诉讼举证责任分配以倒置为原则,即以被告承担举证责任为原则,原告承担举证责任为例外。“原告主张,被告举证,是行政诉讼举证责任的基本分配原则”<sup>[5]</sup>。二是少数人的观点,认为“行政诉讼中分担举证责任的规则与民事诉讼是一样的”<sup>[6]</sup>,仍然是“谁主张,谁举证”,更有学者得出结论,认为“无论刑事诉讼、行政诉讼还是民事诉讼,举证责任均不能倒置”<sup>[7]</sup>。

通说承认,“有两条举证责任的分配原则:原告作为主张的肯定者,负有举证责任,被告作为主张的否定者,不负举证责任;原告作为主张的肯定者,不负举证责任,被告作为主张的否定者,负有举证责任。两条原则分别适用于不同的诉讼领域”<sup>[8]</sup>。然而,果真如此吗?第二条原则存在的理由是什么?学界很少从举证责任理论本身去找寻,而是像前文所述的相关部门给出的三条理由那样,从举证责任理论之外去找寻。如此尽管往往也有一定的说服力,但这似乎在说,举证责任自身不存在自治性,举证责任分配完全是外力左右的结果。

实际上,所有举证责任的承担者,都是主张的提出者。进而言之,举证责任倒置仅是表象,实质的举证责任倒置是不存在的。诚如罗森贝克所言,“主张责任和证明责任并非两个不同的问题,而是一个问题的两个方面”<sup>[1]51</sup>。人们通常所说的举证责任倒置,“只是由于法条中省略了对原告举证和被告主张的表述而给人们造成的错觉”<sup>[9]</sup>。具体到行政诉讼,如果我们要真正理解《行政诉讼法》第34条第1款所谓的举证责任倒置,就必须结合其他法条,梳理行政诉讼中究竟有哪些主张,有哪些待证事实,举证责任分别由哪些主体承担的。

《行政诉讼法》第2条规定,公民、法人或者其他组织认为行政主体及其工作人员的行政行为侵犯其合法权益,有权向人民法院提起诉讼。据此,行政诉讼原告提出的主张有两个:一是主张存在一个行政行为(包括作为和不作为),二是主张这个行政行为侵犯了其合法权益。另外,第49条规定了行政诉讼起诉条件,<sup>①</sup>即如果原告起诉,就要提出一个符合起诉条件的主张。因为这些主张都是原告提出来的,所以《行政诉讼法》第38条和2018年2月6日发布的《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》(下文简称“《行政诉讼法解释》”)第54条规定,原告需要提交证据材料对其加以证明,承担举证责任。<sup>②</sup>

《行政诉讼法》第2条、第49条,都没有要求原告起诉必须主张行政行为违法,因此,即使原告在起诉状中提及认为行政行为违法,甚至提供了证明该行政行为违法的证据,仍不是由原告承担该行政行为

<sup>①</sup> 《行政诉讼法》第49条“(一)原告是符合本法第二十五条规定的公民、法人或者其他组织”中的“第二十五条”,实际上是指《行政诉讼法》第25条前三款,因为第四款是2017年6月27日《行政诉讼法》第二次修订时增写的行政公益诉讼,检察机关提起行政公益诉讼时的身份是“公益起诉人”,不称为“原告”。

<sup>②</sup> 《行政诉讼法解释》第54条第1款:“依照行政诉讼法第四十九条的规定,公民、法人或者其他组织提起诉讼时应当提交以下起诉材料:(一)原告的身份证明材料以及有效联系方式;(二)被诉行政行为或者不作为存在的材料;(三)原告与被诉行政行为具有利害关系的材料;(四)人民法院认为需要提交的其他材料。”

违法的举证责任。正因如此,《行政诉讼法》第37条规定:“原告可以提供证明行政行为违法的证据。原告提供的证据不成立的,不免除被告的举证责任。”现在的问题是,被告必须提出行政行为合法的主张吗?如果回答是否定的,则《行政诉讼法》第34条第1款就违反了“谁主张、谁举证”原则,那样就必须承认确实存在举证责任倒置的分配原则。实际上,《行政诉讼法》第34条第1款省略了一个不证自明的事实,<sup>①</sup>即依法行政是法治国家行政法首要的基本原则,“一切行政行为应依法而为,受法之拘束”<sup>[10]</sup>。因此,一旦相对人与行政主体产生了行政纠纷,行政主体首先就必须主张自己的行政行为是合法的,因为如果行政主体在行政纠纷中不主张自己的行政行为是合法的,则行政法首要的基本原则合法行政原则等于形同虚设,法治国家行政权整个运行根基就会坍塌。质言之,《行政诉讼法》第34条第1款根本不是举证责任倒置的产物,而是“谁主张、谁举证”的产物,该款给人们以举证责任倒置的印象,只是法条省略了“行政行为必须合法”,以及被告应当主张自己的行政行为合法而给人们造成的错觉而已。

行政公益诉讼的举证责任分配也必然遵循“谁主张、谁举证”原则。行政公益诉讼举证责任分配问题之所以引起学界的热议,源于学界之前虽然没有认清普通行政诉讼举证责任倒置仅是表象,但是已经发现行政公益诉讼不能再遵循所谓的举证责任倒置原则,因而在举证责任原理之外寻找理由来推翻举证责任倒置。譬如,有学者拿出最常见的“举证能力强者承担举证责任”的理由,认为“检察机关具有法律专业人才和专业优势,举证能力较强,由检察机关在原则上承担举证责任是合理的”<sup>[11]</sup>。另有学者认为,“配置行政公益诉讼举证责任,应当考虑诉讼的目的、依法行政原则、与证据距离的远近、先前程序中的举证责任分配情况等因素”,“行政公益诉讼中主要由检察机关承担举证责任”<sup>[12]</sup>。

### 三、行政公益诉讼起诉人的举证责任

#### (一) 行政公益诉讼起诉人承担“直接的待证事实”的举证责任

根据《行政诉讼法》第25条第4款和《两高解释》第21条,我国行政公益诉讼制度有广义和狭义两个层次。广义的行政公益诉讼包括诉前程序和诉讼程序。诉前程序并非诉讼程序,在诉前程序中,仅是作为法律监督机关的人民检察院对行政机关提出检察建议,履行法律监督权。但只有经过了诉前程序,人民检察院才能向人民法院提起行政公益诉讼。

《行政诉讼法》第25条第4款后半段和《两高解释》第21条第3款规定,“行政机关不依法履行职责的,人民检察院依法向人民法院提起诉讼”。这里“行政机关不依法履行职责”,是在诉前程序基础上的不依法履行职责,不能理解为检察建议前行政机关不履行固有的法定职责。因此,提起行政公益诉讼时产生的待证事实是:检察机关提出了检察建议,行政机关未按照检察建议依法履行职责的事实,其又可细分为检察机关提出了检察建议的事实、行政机关未在法定期限内书面回复检察建议的事实、行政机关未履行或未全面履行检察建议的事实。这些待证事实因行政公益诉讼起诉人的诉讼主张而产生,称之为“直接的待证事实”。行政公益诉讼与普通行政诉讼中直接的待证事实很不一样。普通行政诉讼中直接的待证事实源自公民、法人或其他组织认为行政主体的行政行为侵犯其合法权益,向人民法院提起诉讼,直接的待证事实是:是否存在一个行政行为侵犯了公民、法人或其他组织合法权益的事实。

对于行政公益诉讼中这些直接的待证事实的举证责任,《行政诉讼法》和《两高解释》都没有规定由哪个主体来承担,但是在行政公益诉讼试点期间,最高人民检察院第十二届检察委员会第四十五次会议于2015年12月16日通过的《人民检察院提起公益诉讼试点工作实施办法》第45条规定,“人民检察院提起行政公益诉讼,对下列事项承担举证责任:(一)证明起诉符合法定条件;(二)人民检察院履行诉前程序提出检察建议且行政机关拒不纠正违法行为或者不履行法定职责的事实;(三)其他应当由人民检察院承担

<sup>①</sup> 法律通常总是省略这些不证自明的事实,“这种做法减少了就实际毫无争议的事项进行争辩所带来的分散注意力和发生混淆的风险”。参见克里斯托弗·艾伦:《英国证据法实务指南》,王进喜译,中国法制出版社2012年版,第61页。

举证责任的事项”。其第一项与《行政诉讼法》第49条、《行政诉讼法解释》第54条的精神一致；第二项的表述与《两高解释》第21条略有不同，在本质上也是一致的。第一项和第二项的规定符合“谁主张、谁举证”原则。这说明行政公益诉讼与普通行政诉讼中直接的待证事实，尽管在内容上很不一样，但在形式上是相同的，它们都是因为诉讼主张而产生，由主张者承担证明责任。

## (二) 行政公益诉讼起诉人承担“前置的待证事实”的举证责任

既然诉前程序是行政公益诉讼的必经程序，那么人民检察院作为法律监督机关，在诉前程序提出检察建议也必须有事实依据，即人民检察院要用证据证明行政机关有违法行使职权的事实、有违法不作为的事实、有国家利益或社会公共利益受到侵害的事实。这些事实依据是否确凿、充分，在行政公益诉讼中可能遭遇被告行政机关的质疑。由于这些待证事实在诉前程序中形成，因而在诉讼中属于“前置的待证事实”。

当检察机关完成了对直接的待证事实的举证责任之后，往往会产生新的主张和待证事实，这些新的主张常常涉及“前置的待证事实”的举证责任问题。如果这时候被告行政机关指出，检察建议是违法的，这属于反驳公益起诉人的主张，并非提出新的主张，因此不承担证明检察建议违法的举证责任。但被告的反驳让我们发现，《行政诉讼法》和《两高解释》在这里又省略了一个诉讼主张，即人民检察院必须主张自己的检察建议具有合法性。理由有二：其一，人民检察院作为法律监督机关，其必须合法地履行法律监督权。其二，更为关键的一点，《行政诉讼法》第25条第4款、《两高解释》第21条第1款对人民检察院提出检察建议的要求是，“人民检察院在履行职责中发现……行政机关违法行使职权或者不作为，致使国家利益或者社会公共利益受到侵害的……”，这与《行政诉讼法》第2条、第25条前三款，以及第49条对普通行政诉讼原告的要求不一样，后者并没有要求原告主张行政行为违法才能起诉，而前者要求检察机关提出检察建议须是“发现违法”。那么，诉前程序之后提起行政公益诉讼，且又遭遇被告反驳的情况下，公益起诉人当然要主张诉前程序中的检察建议的合法性并证明之。如果要证明检察建议是合法的，则检察机关必须证明检察建议之前存在行政机关违法行使职权或不作为的事实、存在国家利益或社会公共利益受到侵害的事实。

需要强调的是，人民检察院须证明“检察建议之前存在行政机关违法行使职权或不作为的事实”，质言之，人民检察院须证明检察建议之前的行政作为或不作为的违法性。同时需要说明的是，行政行为合法的依据非常广泛，除了法律、法规、规章，还包括大量的规范性文件，<sup>①</sup>因此有不少学者担忧，由人民检察院对行政行为的违法性承担举证责任可能是不可能完成之重。但是，如果检察机关不承担证明行政行为违法的举证责任，则违反了“谁主张、谁举证”的举证责任分配原则。“对于该举证的事项，检察机关不能以难为借口而有丝毫的减轻”<sup>[13]</sup>。另外，我们认为，如果看清了人民检察院证明行政行为违法的标准，就不会认为检察机关承担举证责任的难度太大、任务太重——人民检察院作为法律监督机关，其在行政公益诉讼中证明行政行为违法，只要在有事实根据的基础上，提供行政行为违法的法律、法规层次上依据，就达到了证明标准，完成了举证责任。理由是：在之前无行政公益诉讼的情况下，行政诉讼中人民检察院履行法律监督权主要是以抗诉的形式实现的；根据《行政诉讼法》第93条、第91条的规定，人民检察院提起抗诉的情形之一是认为“原判决、裁定适用法律、法规确有错误”，可见，人民检察院履行法律监督权，监督国家公权力机关的行为是否合法的依据仅是法律、法规，不必扩展到规章和其他规范性文件。

## 四、行政公益诉讼中被告的举证责任

如果人民检察院作为行政公益诉讼起诉人未能完成对上述两类待证事实的举证责任，起诉人败诉；

<sup>①</sup> 《行政诉讼法》第64条：“人民法院在审理行政案件中，经审查认为本法第五十三条规定的规范性文件不合法的，不作为认定行政行为合法的依据，并向制定机关提出处理建议。”按照语义和逻辑解释，人民法院在审理行政案件中，经审查如果认为第五十三条规定的那些类型的规范性文件是合法的，则可以作为认定行政行为合法的依据。

如果人民检察院完成了对上述两类待证事实的举证责任,被告又不主张自己未履行或未完全履行检察建议具有合法性,被告败诉;如果被告主张其未履行或未完全履行检察建议具有合法性,则被告须对该主张承担举证责任。这时出现了貌似矛盾的情形,即:人民检察院已经证明了其在诉前程序中所提的检察建议具有合法性,被告怎么又能证明其未履行或未完全履行检察建议具有合法性呢?实际上,“检察建议具有合法性”是公益起诉人的主张,“未履行或未全面履行检察建议具有合法性”是被告的主张,两者之间并非在所有的情况下都是不相容的,因为两者的主张不同,待证事实不同,证明标准也不同,完全存在“检察建议是合法的”,“被告未履行或未全面履行检察建议也是合法性的”的可能性。退一步而言,即使两者是不相容的,但既然是两个主体各自的诉讼主张,当然由各自承担举证责任。

在检察机关已证明检察建议的合法性的情况下,尽管被告主张其未履行或未全面履行检察建议亦具有合法性,该主张的举证责任由被告承担,但是由于行政的复杂性,待证对象和举证的具体内容只能在个案中确定,最终由法官按照自由心证原则在个案中作出判断,具体认定被告是否完成了举证责任。<sup>①</sup>这里仅列举几种典型的情形:其一是被告主张,尽管按照法律法规的规定,其负有特定职责,但在该个案场景中,不再负有法定职责。譬如,《行政处罚法》第16条规定了行政处罚权可以相对集中行使制度,国务院又将实施相对集中行政处罚权的审批权授予了省级人民政府,导致各地的做法很不一致,大量规章乃至规范性文件都可能成为行政处罚权相对集中行使的依据,原先享有执法权的行政机关可能不再负有法定职责。《行政许可法》第25条也有行政许可权相对集中行使的规定,也会出现类似的情况。其二是被告主张其作为或不作为具有规章或规范性文件依据,且主张这些依据没有违反上位法精神。其三是被告主张其作为或不作为具有客观的情势合理性。对于以上三类主张,即使人民检察院已证明了其检察建议具有合法性,但只要被告完成了举证责任,仍能够证明被告未履行或未全面履行检察建议也是合法性的。如此分担举证责任才符合举证责任原理。

#### 参考文献:

- [1] 莱奥·罗森贝克. 证明责任论[M]. 庄敬华,译. 北京:中国法制出版社,2002.
- [2] 全国人大常委会法制工作委员会行政法室.《中华人民共和国行政诉讼法》解读与适用[M]. 北京:法律出版社,2015:75-76.
- [3] 孔祥稳,王玎,余积明. 检察机关提起行政公益诉讼试点工作总结报告[J]. 行政法学研究,2017(5):87-98.
- [4] 林仪明. 我国行政公益诉讼立法难题与司法应对[J]. 东方法学,2018(2):151-160.
- [5] 刘善春. 行政诉讼举证责任分配规则论纲[J]. 中国法学,2003(3):69-75.
- [6] 刘飞. 行政诉讼举证责任分析[J]. 行政法学研究,1998(2):50-53.
- [7] 裴苍龄,魏虹. 举证责任不能倒置[J]. 政治与法律,2007(1):156-159.
- [8] 李汉昌,刘田玉. 统一的诉讼举证责任[J]. 法学研究,2005(2):96-108.
- [9] 刘文静. 从民事诉讼的一般原则看行政诉讼中的举证责任及其分配形式[J]. 行政法学研究,2000(1):8-13.
- [10] 姜明安. 行政法与行政诉讼法[M]. 北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2017:67.
- [11] 傅国云. 行政公益诉讼制度的构建[J]. 中国检察官,2016(3):64-66.
- [12] 王玎. 检察机关提起行政公益诉讼的举证责任[J]. 上海政法学院学报(法治论丛),2017(4):138-145.
- [13] 黄学贤. 行政公益诉讼回顾与展望——基于“一决定三解释”及试点期间相关案例和《行政诉讼法》修正案的分析[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版),2018(2):41-53.

(下转第 68 页)

<sup>①</sup> 这与日本学界提出的“个别具体说”类似。该说认为,应当根据具体事例具体分配举证责任。参见吴东镐:《我国行政诉讼制度中的举证责任分配规则——与日本相关学说相比较》,《东疆学刊》2010年第4期,第88-93页。

## Double Norms of Entity and Procedure in the Cause of Action for Corporate Resolution Flaws

PANG Xiao

(School of Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

**Abstract:** The company law and its judicial interpretation stipulate the cause of action for corporate resolution flaws, aiming at the correct application of the law to solve the cause of action for corporate resolution flaws, and combining the dual legal principles of the company law and the procedure law. Due to the fuzziness of the cause of action for the corporate resolution flaws, it is easy for the plaintiff to make a mistake in choosing a lawsuit. In order to avoid the risk that the plaintiff will bear, in addition to improving or regulating the abstract and enumerated norms of the cause of action for corporate resolution flaws in the substantive law, it is essential to improve the procedural law norms, to guarantee the right of disposition of the parties as well as the interpretation right of the judges, and to balance corporate autonomy and judicial intervention.

**Key words:** cause; substantive norms; procedural norms; corporate autonomy; judicial intervention

(责任编辑:董兴佩)

(上接第 57 页

## Discussion on the Distribution of Burden of Proof in China's Administrative Public Interest Litigation

GE Xianyuan

(School of Law, Anhui University of Finance & Economics, Bengbu 233030, China)

**Abstract:** There are different opinions about how to distribute the burden of proof in administrative public interest litigation in the academia. Neither does the *Administrative Procedure Law* have special provisions on this subject, nor do the relevant judicial interpretations. Through the analysis of the distribution principle of burden of proof in general administrative litigation, it is found that the inversion of the burden of proof is just a facade, and the essential principle is still that of "he who claims must prove". Theoretically, the distribution of burden of proof in administrative public interest litigation is no exception. Accordingly, the prosecutor of administrative public interest litigation should bear the burden of proof for the facts to be proved based on the claims, and the legality of the procuratorial suggestions before the prosecution. If the defendant asserts the legality of his nonperformance or incomplete performance of the procuratorial suggestions, the defendant is responsible for the burden of proof.

**Key words:** administrative public interest litigation; litigation claims; facts to be proved; burden of proof

(责任编辑:董兴佩)