

# 七规定“隐匿”下的举证责任分配及其修正——行政诉讼中举证责任的类型化

武侯法院 唐楠栋

<p class="p0" style="margin-top: 0pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '方正仿宋简体'; font-size: 14pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">论文提要：</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 27.44pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '方正仿宋简体'; fnoway-size: 14pt; mso-spacerun: 'yes';">我国现行《行政诉讼法》仅简单规定了“被告就其作出具体行政行为的合法性负举证责任”，不能满足行政司法实践的需要，表现为“隐匿”；于这种举证责任单一化规定之下，实践中却呈现出举证责任的多元化标准。其根源在于以撤销诉讼为中心的单一模式与实践中的给付诉讼、禁止诉讼等行政诉讼类型多元化的冲突。行政诉讼举证责任功能及举证责任分配标准与类型化的契合，为行政诉讼举证责任的类型化提供了理论支持。本文从实际案例入手，并在上述理论分析的基础上，提出了行政诉讼中举证责任类型化的思路，即按照原告的不同诉讼请求，明确不同的诉讼类型，并以不同诉讼类型的各自特点设计举证责任。行政诉讼举证责任类型化的具体设计为：撤销诉讼中，应由被告对其作出的行政行为的合法性承担举证责任、原告不负举证责任、法院原则上不能依职权调查证据；给付诉讼中，行政机关应当对拒绝作为的合法性或者已经作为的相关事实承担举证责任，若请求事项属于依申请才能作出的，原告应提供其在行政程序中曾经提出申请的证据材料；确认诉讼中，原告请求确认行政行为违法、无效的，由被告对作出行政行为的合法性承担举证责任，原告请求确认行政法律关系成立或者不成立的，由原告承担举证责任；禁止诉讼中，原告对具体行政行为的违法性及其合法权益的侵害性负举证责任，被告应对作出该特定行政行为的合法性承担举证责任，被告认为有避免此种损害的其他适当方法的，应由其对此承担举证责任。</span><span style="font-family: '方正仿宋简体'; fnoway-size: 14pt; mso-spacerun: 'yes';">&nbsp;</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '方正仿宋简体'; font-size: 14pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">以下正文：</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">现行行政诉讼法仅规定了“被告就其作出具体行政行为的合法性负举证责任”，而对起诉不作为、请求禁止作为、请求给付等其他诉讼类型中如何分配举证责任，没有作出规定。目前，理论上对行政诉讼举证责任的研究也较少，且研究集中在对举证责任的内涵、功能及特点进行分析，对司法实践的指导意义不大。因此，本文试图通过实证分析，反思现行我国行政诉讼举证责任相关规定单一化的问题，并对构建行政诉讼中举证责任类型化进行理论论证和具体设计，以期对《行政诉讼法》第32条的修改有所裨益。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">需要说明的是，学界对行政诉讼中举证责任的含义存在争议，有的学者将举证责任表述为证明责任</span><span class="17" style="fnoway-family: '仿宋\_GB2312'; vertical-align: super; mso-spacerun: 'yes';">(1)</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">，而有的学者则认为行政诉讼中的举证责任和证明责任是具有实质区别的两个范畴</span><span class="17" style="fnoway-family: '仿宋\_GB2312'; vertical-align: super; mso-spacerun: 'yes';">(2)</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">；有的学者认为行政诉讼举证责任包括后果责任和提供证据的责任，本质是后果责任</span><span class="17" style="fnoway-family: '仿宋\_GB2312'; vertical-align: super; mso-spacerun: 'yes';">(3)</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">，而有的学者则认为举证责任仅指提供证据的责任，而证明责任的核心才是结果责任。</span><span class="17" style="fnoway-family: '仿宋\_GB2312'; vertical-align: super; mso-spacerun: 'yes';">(4)</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">本文所称的举证责任是指发生争议时，原、被告等当事人负有向法院提供证据的责任，并且在不能提供证据或证据不足以证明的情况下，由哪一方当事人承担败诉风险的责任，它是行为责任和后果责任的统一。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '黑体'; color: #000000; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">一、现状：单一化规定“隐匿”下的举证责任多元化</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">我国《行政诉讼法》第32条明确规定了“被告就其作出具体行政行为的合法性负举证责任”，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《证据规定》）第1条规定，被告“提供据以作出被诉具体行政行为的全部证据和所依据的规范性文件。”这种单一化的规定，表明在立法层面我国行政诉讼举证责任采用一元化的标准，即无论原告是请求做出具体行政行为、请求撤销具体行政行为、还是请求停止正在进行的具体行政行为等，被告的举证责任都是证明其做出的具体行为的合法性。但司法实践中，情况并非如此单一，在很多行政诉讼案件中，各种不同诉讼请求存在较大差别，被告的举证责任也呈现出了多元化标准。例如，以下案例便是如此。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 20.58pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">（一）&ldquo;</span><span style="font-family: '仿

宋\_GB2312'; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">张平</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">案”：被告就其已向原告履行了告知义务负举证责任</span></p><p class="p21" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">该案是</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">原告张平认为被告中华人民共和国国家知识产权局</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">在</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">对其专利申请审查</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">过程中</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">未履行告知义务，导致其专利权丧失，</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">而</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">提起行政诉讼</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">。原告认为被告未履行告知义务提交了如下证据：（1）证明</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">被告对</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">原告</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">专利申请已经受理</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">及项目变更申报的相关证据，包括被告向原告做出的</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">“<span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">受理通知书</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">、被告邮寄</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">著录项目变更申报书</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">的</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">国内挂号函件收据</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">、</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">中国专利局</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">申请</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">专利</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">及项目变更</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">收费收据；</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">（2）证明原告多次</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">向被告书面咨询专利申请审查情况的</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">相关证据，包括</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">提交请求公开书</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">、</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">书面咨询</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">函复印件及邮寄该咨询书的</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">国内挂号函件收据</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">；（3）</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">证明其专利申请已失效的事实</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">：</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">被告审查六部向</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">第三人</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">发出的通知</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">；（4）证明</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">被告对原告复议事项不予受理</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">的相关证据：被告出具的</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">“<span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">不予受理通知书</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">”<span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">。</span></p><p class="p21" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">本案中，被告并不是对其在审查原告专利申请过程中行政行为的合法性进行举证，而是直接就其已向原告履行了告知义务负举证责任，但因其举证不能，被法院判决</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">确认</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">其在对原告</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">专利申请审查过程中未及时履行告知义务的行为违法。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">理由是：（1）</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">被告</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">不</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">能提供证据证明其向原告发出过<span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">“<span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">补正通知</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">

New Roman;">&rdquo;</span><span style="font-family: 仿宋\_GB2312;">和</span><span style="font-family: Times New Roman;">&ldquo;</span><span style="font-family: 仿宋\_GB2312;">视为撤回通知</span><span style="font-family: Times New Roman;">&rdquo;</span></span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';"> , 其</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">将原告专利申请文档打入失效库</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">缺乏</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">事实依据</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';"> ; ( 2 ) 被告</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">在收取原告缴纳的著录</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">项目</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">变更费时 , 已明知上述专利申请文档失效 , 应及时退还所收变更费或告知原告专利申请文档失效的情况 , 但其既未退费亦未告知 , 该未正确履行职责的行为 , 误导原告认为其专利申请仍在审查之中 , 直至该专利申请文档最终被销毁 , 造成原告无法主张恢复其专利申请权的不利后果</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';"> , 对此 , 被告</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">应承担相应的法律责任</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">。 </span><span class="17" style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; vertical-align: super; mso-spacerun: 'yes';">(5)</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 20.58pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; font-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">( 二 ) &ldquo;</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; font-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">彭学纯</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; font-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">案&rdquo; : 被告就其不应履行查处义务负举证责任</span></p><p class="p21" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">该案是原告彭学纯不服被告</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">上海市工商行政管理局</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">不履行</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">查处上海有线电视台播出违法医疗广告</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">的法定职责而提起的行政诉讼。原告</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">提供</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">了以下</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">证据 : </span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">( 1 ) 证明</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">查处非法医疗广告属于</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">被告</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">的职责范围</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">及查处依据的相关证据 : 包括载有</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">介绍医疗类违法违规广告情况</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">等内容的</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">有关<span style="font-family: Times New Roman;">&ldquo;</span><span style="font-family: 仿宋\_GB2312;">12家医疗机构受罚</span><span style="font-family: Times New Roman;">&rdquo;</span><span style="font-family: 仿宋\_GB2312;">报道复印件</span></span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';"> , </span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">上海市卫生局、上海市工商行政管理局《关于加强医疗广告管理的通知》复印件</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';"> ; ( 2 ) 证明</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">上海有线电视台</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">关于介绍411医院的节目属于医疗广告的证据 , 包括被告</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">播出的节目光盘一张</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">、</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">411医院医疗机构执业许可证复印件</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">表明</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">诊疗科目中无骨科一项。 </span></p><p class="p21" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">本案中 , 被告并不是提供证据证明其查处行为的合法性 , 而是直接就其应否履行查处义务负举证责任。被告没有提供证据 , 只是在庭审中发表了质证意见 , </span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">认为原告反映的电视节目是一个专题报道 , 节目虽有关于骨病治疗的内容 , </span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">但原告提交的</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">证据</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">( 2 ) 不足以证明</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">

style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">其属于</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">医疗</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">广告</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">，故，被告</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">不</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">应</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">对该节目立案查处。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">最终，被告承担了因举证不能的责任：法院判令</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">被告于本判决生效之日起三个月内，履行对上海有线电视台</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">的</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">专题报道节目是否构成违法医疗广告进行调查处理的法定职责，并将结果告知原告</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">。</span><span class="17" style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; vertical-align: super; mso-spacerun: 'yes';">(6)</span></p><p class="p21" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">对“</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">张平</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">案”和“</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">彭学纯</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">案”</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">中双方举证特点的分析揭示出，行政诉讼中，被告承担举证责任的内容远远超出了“就具体行政行为的合法性负举证责任”标准，而呈现出了多元化的特点。例如，在给付诉讼中，被告应当对拒绝作为的合法性或者已经作为的相关事实承担举证责任，而在确认诉讼中，被告应当对作出行政行为的合法性承担举证责任。目前我国行政诉讼举证责任单一化的规定，强化了行政机关的举证责任，有利于保护原告的合法权益，但这种过于简单与司法实践中举证责任多元化的标准完全不相适应，因此，举证责任单一化规定与多元化实践的冲突有待解决，《行政诉讼法》第32条实有修正之必要。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '黑体'; color: #000000; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">二、</span><span style="font-family: '黑体'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">根源：诉讼类型</span><span style="font-family: '黑体'; color: #000000; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">单一化规定与多样化实践的冲突</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">（一）我国现行立法上行政诉讼类型的单一化</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">我国行政诉讼举证责任采用一元化的标准，其根本原因是</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">行政诉讼类型的单一化</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">。“行政诉讼类型化是指基于诉讼请求的本质差别，把行政诉讼分成不同的类型，然后针对每种类型的特点，分门别类，适用不同的诉讼门槛、审查规则、标准和处理方式。”</span><span class="17" style="font-family: '仿宋\_GB2312'; vertical-align: super; mso-spacerun: 'yes';">(7)</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">从实体法上看，我国的行政诉讼类型只是隐含在行政判决制度当中，并没有形成明确的诉讼类型，即在立法层面，我国行政诉讼并无类型可言。</span><span><a href="///C:/Documents%20and%20Settings/Administrator/&aelig;&iexcl; eacute; cent;/&aelig;deg;&aring;&raquo;&ordm;&aelig;auml;&raquo;&para;&aring;&current;&sup1;%20(2)/htmls/sentence\_detail/99.htm"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">《行政诉讼法》及其司法解释仅仅规定了行政诉讼的六种判决形式，包括维持判决、撤销判决、履行判决、变更判决、确认判决和驳回诉讼请求判决。</span></a></span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">从《行政诉讼法》第</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">54</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">条的规定来看，</span><span><a href="///C:/Documents%20and%20Settings/Administrator/&aelig;&iexcl; eacute; cent;/&aelig;deg;&aring;&raquo;&ordm;&aelig;auml;&raquo;&para;&aring;&current;&sup1;%20(2)/htmls/sentence\_detail/118.htm"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">我国行政诉讼主要是法院按照相对人的诉讼请求，审查行政机关的行政行为的合法性，对违法的行政行为予以撤销，因此，</span></a></span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">撤销判决具有绝对中心的地位。又因为目前行政诉讼类型隐含于行政判决制度中，故行政诉讼类型实质上属于以撤销诉讼为中心的单一模式。即便如此，我们也不能将判决形式作为行政诉讼类型的标准，因为“这种做法实则犯了倒因为果的逻辑错误，且忽略了行政诉讼类型与行政诉讼判决之间的区别。”</span><span class="17" style="font-family: '仿宋\_GB2312'; vertical-align: super; mso-spacerun: 'yes';">(8)</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; margin-bottom: 0pt;"><span></p>

style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">行政诉讼类型的规定直接影响了举证责任的制度设计，</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">过于简单粗糙的行政诉讼类型，不利于举证责任分配的科学性和合理性。目前，</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">基于我国立法上</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">以撤销诉讼为中心的单一诉讼类型之模式，立法对举证责任的设计也主要针对单一的可撤销行政行为，规定了&ldquo;被告就其作出具体行政行为的合法性负举证责任&rdquo;的一元化标准。鉴于，目前以撤销诉讼为中心的单一模式影响举证责任科学分配等弊端</span><span style="font-family: '楷体\_GB2312'; color: #000000; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">，</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">我国诉讼类型及举证责任单一化的现状亟需修正。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">（二）实践中行政诉讼类型的多元化&nbsp; </span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">从世界各国的实践来看，行政诉讼类型化是通行做法，无论是大陆法系国家还是英美法系国家，都在完善各自的行政诉讼类型。例如，法国行政诉讼的传统类型，包括完全管辖权之诉、撤销之诉、解释及审查行政决定的意义和合法性之诉、处罚之诉四种。</span><span class="17" style="font-family: '仿宋\_GB2312'; vertical-align: super; mso-spacerun: 'yes';">(9)</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">又如，英国有一般救济诉讼和例外救济诉讼两种，其中，一般救济诉讼可分为阻止令之诉、确认判决之诉和损害赔偿之诉</span><span style="font-family: '楷体\_GB2312'; color: #000000; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">；</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">例外救济诉讼包括为调卷令之诉、禁止令之诉、执行令之诉和人身保护状之诉。</span><span class="17" style="font-family: '仿宋\_GB2312'; vertical-align: super; mso-spacerun: 'yes';">(10)</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">日本的行政案件诉讼指的是抗告诉讼、当事人诉讼、民众诉讼和机关诉讼。</span><span class="17" style="font-family: '仿宋\_GB2312'; vertical-align: super; mso-spacerun: 'yes';">(11)</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; layout-grid-mode: char; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">我国关于行政诉讼类型的探索甚少。有的学者将行政诉讼类型分为撤销之诉、课以义务之诉、一般给付之诉、确认之诉。</span><span class="17" style="font-family: '仿宋\_GB2312'; vertical-align: super; mso-spacerun: 'yes';">(12)</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">有的学者根据行政诉讼的受案范围，并结合我国的判决形式，将行政诉讼种类划分为确认之诉、撤销之诉、变更之诉、赔偿之诉和履行之诉等几类。</span><span class="17" style="font-family: '仿宋\_GB2312'; vertical-align: super; mso-spacerun: 'yes';">(13)</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">虽然从立法看，行政的类型表现为以撤销诉讼为中心的单一模式，学者关于行政诉讼类型化的探索也不尽相同，但从司法实践来看，行政诉讼的类型呈现出多元化的趋势。基于原告请求撤销、变更、确认、禁止行政行为等不同的诉讼请求，行政诉讼的类型相应地包括以下几类：撤销诉讼、给付诉讼、确认诉讼、禁止诉讼。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; layout-grid-mode: char; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">撤销诉讼是行政相对人或利害关系人因行政主体的具体行政行为违法使其权益受到损害，而向法院请求撤销该具体行政行为所提起的诉讼；给付诉讼，是请求法院命令行政主体作出具体行政行为或特定行政行为的诉讼，包括义务之诉和一般给付之诉。义务之诉是指原告向被告依法提出申请要求其作出某一行政行为，被告违法拒绝或不予答复，使其权利受损而提起诉讼，前者称为不纯粹的不作为（拒绝作为）之诉，后者称为纯粹的不作为（不作为）之诉</span><span class="17" style="font-family: '仿宋\_GB2312'; vertical-align: super; mso-spacerun: 'yes';">(14)</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">。一般给付之诉，是请求法院命令行政主体作出具体行政行为以外的给付行为（通常为财产的给付或非公权力行为的非财产性给付行为）；确认诉讼是原告就其与被告行政机关具有争议状态的具体行政行为是否无效、违法，行政法律关系是否存在等提起诉讼，以请求法院予以确认；禁止诉讼是指原告认为行政机关准备作出或者正在作出的特定行政行为将对其合法权益造成不可弥补的重大损害时，请求被告机关不为该行政行为的诉讼。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">借鉴国外，特别是大陆法系行政诉讼举证责任分配的理论和实践，由于撤销诉讼、给付诉讼、确认诉讼、禁止诉讼的诉讼标的、诉讼要件显著不同，因而随之产生之争议事实亦相差有别。因此，当各种诉讼类型中争议事实处于真伪不明的状态时，就产生不同的举证责任分配。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '黑体'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">三、理论证成：举证责任类型化的理论论证</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">举证责任类型化的思路是：按照原告的不同诉讼请求，</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">明确不同的诉讼类型，并依照不同诉讼类型的各自特点设计条理清楚的举证责任。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">下面从两个方面研讨这一制度设

计在理论上成立的可能性和必要性。

（一）行政诉讼举证责任功能与类型化的契合

行政诉讼举证责任的功能主要有：第一，促使行政机关依法行政。行政诉讼中，承担行政诉讼举证责任的主要还是作为行政诉讼被告的行政机关。为了避免承担败诉结果，行政机关不得不积极收集与固定证据，而行政机关用以证明具体行政行为合法的证据只能是作出具体行政行为之前所收集的证据，否则就不具有证据能力。这就要求行政机关只能在作出具体行政行为之前收集充分的证据，以支持其行政行为的合法性。可见，举证责任制度能间接地起到一种促使行政机关依法行政的效果。第二，引导法院依法裁判。在案件事实处于真伪不明的状态且法律没有规定法院调查取证或法院依法调查取证后仍不能查清案件事实时，由于法官不能以案件事实不清为由拒绝裁判，此时，法官就会选择其中一方当事人承担败诉的不利后果。但法官不能作随意的选择，而是依据行政诉讼举证责任分配的相关规定来选择由某一方当事人承担争议事实不成立的不利后果。可见，行政诉讼举证责任能够引导法官在事实真伪时进行正确裁判，避免裁判的随意性。第三，引导当事人有效参与诉讼。行政诉讼中，无论是原告还是被告都需要用证据来说服法官。但如果没有一个明确的举证责任标准，当事人在收集证据方面缺乏指导，就会导致盲目举证。举证责任要求当出现案件事实真伪状态时，承担举证责任的一方当事人必须对争议事实收集与提出证据加以证明并达到法定的标准。可见，行政诉讼举证责任制度为当事人有效参与行政诉讼提供了一种指南。

行政诉讼举证责任的类型化，更有利于上述三种功能的实现。第一，在各类行政诉讼中，被诉具体行政行为的构成要件不完全相同。依据各类被诉具体行政行为自身的特点，确定的类型化的行政机关举证责任，有利于让行政机关更加明确其在各类行政诉讼中的具体权利义务，促使其更加精细化地依法行政。第二，在各类行政诉讼中，法官的权力、诉讼的程序、裁判的结果存在差异。司法机关要面临各类不同类别、性质的行政争议的处理、解决，举证责任的类型化更有助于法官对不同类别争议性质进行识别，并对解决途径加以明晰，以便于更合法、更科学地进行司法审查，最终有利于行政诉讼纠纷得到实质性解决。第三，在各类行政诉讼中，诉讼请求的内容、当事人的权利义务及争议事实的类型有所区别，但是，我国现行行政诉讼的类型单一，不能提供无漏洞的权利救济机制。行政诉讼救济范围窄，对不种类的行政纠纷难以区别对待，导致当事人诉讼权利不能得到很好的保护。举证责任的类型化有利于对权利救济请求尤其是各种具体的给付请求作出精准到位的回应，特别是让行政相对人的合法权益更能得到及时、有效、全面的救济。

（二）行政诉讼举证责任分配标准与类型化的契合

我国行政诉讼举证责任分配标准的理论，主要有规范修正说、价值衡量说、概然性说、经济分析说、范围责任说等。规范修正说认为，行政诉讼举证责任应当以行政过程中的主张和证据分配规则为基础，在不同类型的行政行为中，实体权益的主张与归属方不同，对争议事实的举证责任分担也应当不同。我国行政诉讼举证责任分配规则的建立，应当借鉴国外规范理论来进行重建，而不能是被告承担举证责任这种“一边倒”局面。

价值衡量说，是指由法官根据具体案情，权衡各种利益和法律价值，确定具体案件应当适用的规则。概然性说，是以行政违法行为发生的概然性作为分配证明责任的标准。若发生概然性较大，应由行政机关举证证明没有发生行政违法行为；若发生的概然性比小，则应当由原告来承担已经发生行政违法行为的举证责任。

经济分析说，是根据由谁来承担证明责任将造成最低成本时，就由谁来承担证明责任。

范围责任说，认为哪一方当事人控制损害原因的，就由该方当事人承担举证责任，但由于影响行政行为作出的因素基本在行政主体的控制范围之内，因此一般就应当由行政主体负证明责任。

目前，规范修正说为主流学说。

由于行政诉讼案件事实纷繁复杂，类型各异，只能对各类案件的具体情况作出判断后，方能决定由何方当事人承担事实真伪不明的不利后果。规范修正说认为，不能仅规定被告的举证责任，还应规定原告的举证责任，同时，在不同类型的行政诉讼中举证责任分担也应当不同。例如，在行政合同案件中，行政机关违约而行政相对人要求支付违约金或者赔偿损失的，就应由行政相对人，而不能由行政机关来承担这些争议事实的举证责任。

规范修正为举证责任

的类型化，提供了理论上的支持。对于行政诉讼举证责任的分配，应当以规范理论为基础，根据行政诉讼中不同的诉讼请求将行政案件分为不同的诉讼类型，然后确定不同的举证责任分配标准。详言之，在举证责任分配上，对行政行为诉讼，应由被告承担举证责任；而对非行政行为诉讼，应当由主张权利（或权限、资格）者，就权利形成事实承担证明责任，否认权利（或主张相反权利）者，对权利消灭、阻碍或妨碍的事实承担举证责任。权利形成事实及权利消灭、阻碍或妨碍事实的判断，应根据不同的诉讼类型来确定。此外，还应当考虑其他的诸如公平正义、证据距离、举证能力等因素。

#### 四、规则构建：举证责任类型化的具体设计

##### （一）撤销诉讼中的举证责任

撤销诉讼中，原被告双方的争议焦点是具体行政行为是否违法从而应否被法院撤销，因此，应由被告对其作出的行政行为的合法性承担举证责任、原告不负举证责任、法院原则上不能依职权调查证据。具体而言，包括以下几个方面：

##### 1.被告负举证责任

根据现行《行政诉讼法》的规定，撤销诉讼中，被告的举证责任如下：（1）行政处罚案件中被告的举证责任。例如，原告对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服而起诉的，被告应当提供其具有处罚职权、已经作出的行政处罚在内容和程序上符合法律规定以及作出处罚的相应法律依据等相关证据，并加以证明，否则承担不利后果。（2）行政强制措施案件中被告的举证责任。例如，原告对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服而起诉的，被告应当就作出行政强制措施的合法性（包括主体合法、内容合法、程序合法）及其依据承担举证责任。（3）其他撤销诉讼中被告的举证责任。例如，原告认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权而起诉的、原告认为行政机关违法要求履行义务（不涉及财物给付）而起诉的、以及原告认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的（不涉及财物给付）而起诉的，被告均提供证据证明其做出这些具体行政行为的合法性承担举证责任。

##### 2.原告仅提供证据材料而不负举证责任

无论是《行政诉讼法》还是《证据规定》中，根本没有原告承担举证责任的说法，《证据规定》第4条第1款规定“公民、法人或者其他组织向人民法院起诉时，应当提供其符合起诉条件的相应的证据材料。”可见，撤销诉讼中，原告主张具体行政行为违法且侵犯其合法权益，对此，原告仅需提供证据材料，表明其提起的撤销诉讼符合起诉条件，而对被告的具体行政行为违法与否不承担举证责任。

##### 3.法院原则上不能依职权调查证据

行政诉讼中，在被告负举证责任的基础上，如果案件事实仍真伪不明，法院要么应以“主要证据不足”为由判决被告败诉，要么依职权调查取证以查清案件事实，但是后者必须有法律的明确规定。例如，我国《行政诉讼法》第34条第2款和《证据规定》第22条、第23条规定了法院调取证据的权力范围和限度。在撤销诉讼中，实际上是法院对行政主体适用法律作出行政行为的司法审查，行政主体应当依法行政，并且撤销诉讼由被告负举证责任。因此，如果被告不能提供证据证明其做出的具体行政行为的合法性，则法院不得帮助被告完成举证义务，而只能作出撤销判决，除非有法律明确的规定。否则，就会使被告的举证责任形同虚设，同时放任行政主体违法行政。

##### （二）给付诉讼中的举证责任

由于给付之诉针对的是被告的不为或不完全作为，其争议焦点是被告是否承担所争议的行政法上的义务，因此，给付诉讼中，行政机关应当对拒绝作为的合法性或者已经作为的相关事实承担举证责任。当然，请求事项属于依申请才能作出的，原告应当提供其在行政程序中曾经提出申请的证据材料。具体而言，包括以下几个方面：

##### 1.义务之诉中的举证责任

义务之诉包括不纯粹的不作为（拒绝作为）之诉和纯粹的不作为（不作为）之诉两种，其举证责任亦有所区别。

##### （1）义务之诉中被告的举证责任

<span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">拒绝作为的义务之诉中被告的举证责任。在拒绝作为的义务之诉中，被告应当就被告没有法定的职权、或拒绝原告请求的法定理由、或原告的申请不符合法定条件等事实承担举证责任。另外，无论是对依职权的行政行为的不作为，还是对依申请的行政行为的不作为，都应由被告负举证责任。

&nbsp;&nbsp;&nbsp;</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; layout-grid-mode: char; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">不作为的义务之诉中被告的举证责任。在不作为的义务之诉中，行政机关应当对依职权的行政行为的不予答复或者拖延履行的做出合法、合理的解释，并提供证据加以证明，否则要承担不利后果。另外，在行政登记案件中，如果原告因被告受理申请的登记制度不完备等正当事由不能提供相关证据材料，且能作出合理说明，也应由被告承担举证责任。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; layout-grid-mode: char; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">(2)义务之诉中原告的举证责任</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; layout-grid-mode: char; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">拒绝作为的义务之诉中原告不承担举证责任，仅提供证据表明其符合起诉条件。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; layout-grid-mode: char; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">不作为的义务之诉中原告的举证责任。在不作为的义务之诉中，如果是被告对依职权的行政行为不作为，原告不承担举证责任，仅提供证据表明其符合起诉条件；如果是被告对依申请的行政行为不作为，原告应当提供曾提出过申请的相关证据。被诉行政机关对依申请的行政行为不予答复的，应由原告提供其在行政程序中曾经提出申请的证据材料。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; layout-grid-mode: char; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">(3)法院原则上不能依职权调查证据。在义务诉讼中，法院一般情况下，不主动调查取证，除非涉及国家利益或者公共利益。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; layout-grid-mode: char; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '楷体\_GB2312'; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">2.一般给付之诉中的举证责任</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; layout-grid-mode: char; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">一般给付之诉，针对的是基于所有行政活动方式而产生的特定给付义务。</span><span class="17" style="fnoway-family: '仿宋\_GB2312'; vertical-align: super; mso-spacerun: 'yes';">(19)</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">例如，原告认为行政机关没有依法发给抚恤金而提起的诉讼；在一般给付之诉中，在很多情况下涉及的是行政相对人的财产权益，例如多缴纳的税款、规费、罚款的返还请求权以及损失补偿请求权等，情况比较复杂。因此，应根据实际情况，由原告或者被告承担举证责任。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; layout-grid-mode: char; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">一般给付之诉中，很多情况的是原告主张权利的形成事实，故当该等事实真伪不清时，一般由作为原告的相对人承担证明责任，但存在例外，特别是当行政机关为给付，而要求相对人为一定义务时，行政机关应对该种情形下之相关事实承担举证责任。例如，行政赔偿诉讼中，关于被诉具体行政行为造成损害的事实以及损害的程度等问题，由原告负举证责任，但对具体行政行为的合法性应由被告承担举证责任。又如，在行政合同诉讼中，行政主体在履行合同过程中的违约给相对人造成的经济损失，应由原告承担举证责任，但对行政合同中行政特权行为等行政性争议，应由被告承担举证责任。再如，在行政补偿诉讼中，对于行政行为造成的损失，应由原告来承担证明责任，但这些损失是否属于特别损害而具有可补偿性，则应由被告来承担举证责任。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; layout-grid-mode: char; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">另外，对于原告有证据线索，但确因客观原因不能自行收集的其他证据材料，原告可以申请人民法院调取。同时，在涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的事实认定上，法院也应依申请调取证据。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">(三)确认诉讼中的举证责任</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; layout-grid-mode: char; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">确认诉讼的争议焦点是行政行为是否无效、违法或者公法上的法律关系是否存在。确认诉讼的举证责任分为以下两种情况：</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; layout-grid-mode: char; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '楷体\_GB2312'; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">1.请求确认无效、违法之诉中的举证责任</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; layout-grid-mode: char; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">确认诉讼中，原告请求确认行政行为违法、无效的，由被告对作出行政行为的合法性承担举证责任。具体而言，包括对其作出具体行政行为的实体法要件、程序法要件、认定事实错误、适用法律错误等方面提供证据并加以证明。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; layout-grid-mode: char; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '楷体\_GB2312'; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">2.请求确认是否存在行政法律关系之诉中的举证责任</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; layout-grid-mode: char; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿



[illegible]

该观点认为，证明责任的主体包括法院和当事人，而举证责任的主体只包括当事人。参见《论我国行政诉讼举证责任规则的配置与适用》，载《河北法学》2010年第1期，第145-146页。

参见刘善春：《行政诉讼举证责任分配规则论纲》，载《中国法学》2003年第3期，第69页。

该观点认为，行政诉讼中的证明责任的核心在于“结果责任”，虽然其对诉讼当事人的举证行为产生一种推动作用，但在其本意上，并不必然包含诉讼当事人的提供证据行为。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年第1辑，第60页以下。

参见：张平诉中华人民共和国国家知识产权局对其专利申请审查未履行告知义务导致其专利权丧失案。载<http://www.xzssf.org/web/ShowClass.asp?ClassID=50>，于2013年6月2日访问。

参见：彭学纯诉上海市工商行政管理局不履行法定职责纠纷案，载<http://www.xzssf.org/web/ShowClass.asp?ClassID=50>，于2013年6月3日访问。

参见李广宇、王振宇：《行政诉讼类型化：完善行政诉讼制度的新思路》，载《法律适用》2012年第2期，第10页。

马怀德主编：《行政诉讼原理》，法律出版社2003年版，第109页。

参见王名扬著：《法国行政法》，中国法制出版社1989年版，第702—706页。

（英）威廉·韦德著、徐炳译：《行政法》，中国大百科全书出版社1997年版，第233—237、285—289页。

吴华：《行政诉讼类型研究》，2003年中国政法大学优秀博士论文，第80页。

参见马怀德主编：《行政诉讼原理》，法律出版社2003年版，第118页。

参见应松年主编：《行政诉讼法学》，中国政法大学出版社1994年版，第189 - 191页。

( )<sup>14</sup> 同注释

第137—142页。

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年第1辑，第76页以下。

( )<sup>15</sup> 参见何海波：《证明责任分配：一个价值衡量的方法》，载《中外法学》2003年第2期，第133页。

( )<sup>16</sup> 同注释

( )<sup>17</sup> 同注释

( )<sup>18</sup> 王正斌：《范围责任规则——行政诉讼证明责任分配的依据》，载《行政与法》2004年第11期，第87页。

( )<sup>19</sup> 同注释

( )<sup>20</sup> 同注释

( )<sup>21</sup> 阎魏：《行政诉讼禁止判决的理论基础与制度构建》，载《法律适用》2012年第3期，第78页。

参见李广宇、王振宇、梁凤云：《行政诉讼法修改应关注十大问题》，载《法律适用》2013年第3期，第72页。