

2. 行政诉讼

行政强拆赔偿诉讼中原告举证困境的破解

王 华*

一、行政强拆赔偿诉讼举证责任概述

(一) 举证责任概述

举证责任制度最早源于古罗马法中“原告负有举证之义务”的原则,^①最初仅指向法院提供证据证明自己主张的单一内涵。1883年,举证责任单一内涵被突破。德国诉讼学家尤利乌斯·格尔查在《刑事诉讼导论》中首次将举证责任区分为客观举证责任和主观举证责任。^②首次将举证责任与举证结果相关联。举证责任理论后经罗森伯格、莱波尔特、汉斯·普维庭等发展和修正,最终形成大陆法系的证明责任说。与此同时,美国证据法学家赛耶也提出举证责任^③分层理论,主张举证责任分为“提供证据责任”和“说服责任”。至此两大法系均肯定举证责任的两种含义。虽然大陆法系的主观举证责任与客观举证责任与英美法系的提供证据责任和说服责任在产生和运作的机制上存在一定的差异,但在各自体制中发挥的功能并无二致。^④我国于20世纪80年代吸收与采纳举证责任,认为举证责任仅为一元的、字面意义上的提供证据责任。随着对证据问题研究的深入,有学者主张举证责任包含双重含义,但在承认举证责任双重含义的基础上,有学者认为举证责任的本质属性是“风险负担”,^⑤无论二者地位如何,学界大体上认为完整的举证责任由主观举证责任和客观举证责任两部分构成。但我国诉讼法中并没有引入“主观举证责任”和“客观举证责任”的分类,笔者认为,我国诉讼法上虽未对举证责任进行具体的分类,但存在实质的客观举证责任和主观举

* 作者单位:辽宁省葫芦岛市中级人民法院。

① 江必新主编:《〈中华人民共和国国家赔偿法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2010年版,第151页。

② 张卫平:《诉讼构架与程式——民事诉讼法的法理分析》,清华大学出版社2000年版,第247页。

③ 在英语中,“举证责任”一词是burden of proof。有人译为举证负担、证明负担或证明责任。

④ 邹雄:《对民事诉讼举证责任若干问题的思考》,载《西南政法大学学报》2004年第2期。

⑤ 马怀德、刘东亮:《行政诉讼证据问题研究》,载何家弘主编:《证据学论坛》(第4卷),中国检察出版社2002年版,第220~221页。

证责任之分。如《行政诉讼法》第34条^①、第37条^②、第38条^③正是在该两种意义上使用了“举证责任”一词，并且2015年《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^④创立了“举证证明责任”，体现出举证责任的两重含义。

（二）行政强拆赔偿诉讼举证责任

行政强拆赔偿诉讼是原告提起确认强制拆除违法时一并提起的行政赔偿诉讼。其特殊性表现为拆除标的特殊，涉及赔偿标的数额大还及于标的物消灭时波及范围的权益，关系赔偿请求人重大财产利益，强拆行为涉及县市级政府、土地部门、街道办、拆迁办、指挥部、城管部门等多个部门，强拆中因被强拆人被隔离或其他原因被强拆人不在现场，对拆除主体证明困难；行政强拆赔偿案件多为系列案件，涉及群体性纠纷，法院审查时不仅要考虑法律效果，还要考虑社会效果，处理不好易引起涉诉信访或极端个案的发生；强拆行为不具有可恢复性，强拆后地上物、屋内财物等都会灭失无法复原；强拆时财物是否存在，双方各执一词且无影像、公证资料记载时，真实情况不得而知，损害事实难以查明；强拆现场已不存在或完全改变，强拆行为距起诉时间间隔长，司法鉴定机构缺失评估的基础数据，损害价值陷入评估不能；有的行政主体强拆违反法定程序，执法程序粗糙，不注重证据保存，即便有视频等其他证据材料，但不完全提供，否认强拆行为；强拆赔偿案件调解难度大，服判息诉率低，而且多数案件经过一审、二审发回重审、重新审理、上诉、再审，案件迟迟得不到解决；法官行使酌定权较为谨慎，在涉及赔偿数额较大，损失又无法评估鉴定的，有的法官会回避依据经验法则和逻辑推理进行酌定赔偿，行政强拆赔偿案件的特殊性，使得该类案件成为行政审判的疑难案件。

（三）行政强拆赔偿诉讼举证责任分配

行政强拆赔偿诉讼证明对象包含起诉条件、强拆行为合法性、行政赔偿责任等。根据现行一并提起行政赔偿诉讼举证责任分配的立法规定，提起诉讼应符合法定的起诉条件，被告承担行政行为合法的举证责任，原告虽不承担行政行为违法性的举证责任，但可以提供证明行政行为违法的证据。进入赔偿诉求审理时，原告应当对行政行为造成的损害提供证据，因被告导致原告无法举证的，由被告承担举证责任。其他如免责事由等证明对象，按照“谁主张，谁举证”的分配原则合理分担。强拆行为合法

① 《行政诉讼法》(2017年修正)第34条规定：“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。被告不提供或者无正当理由逾期提供证据，视为没有相应证据。但是，被诉行政行为涉及第三人合法权益，第三人提供证据的除外。”

② 《行政诉讼法》(2017年修正)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。”

③ 《行政诉讼法》(2017年修正)第38条规定：“在起诉被告不履行法定职责的案件中，原告应当提供其向被告提出申请的证据。但有下列情形之一的除外：(一)被告应当依职权主动履行法定职责的；(二)原告因正当理由不能提供证据的。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。因被告的原因导致原告无法举证的，由被告承担举证责任。”

④ 《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条规定：“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：(一)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；(二)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。”

性由被告承担举证责任并无争议,存在争议的是行政赔偿责任举证责任负担。行政赔偿责任通说由侵权行为主体、行政侵权行为、损害事实和因果关系四要件构成。^①其中,侵权行为主体属于起诉条件举证责任、行政侵权行为合法性问题属于强拆行为合法性阶段举证责任,因此行政赔偿阶段举证责任争议在于损害事实与因果关系的负担。

笔者认为,依据“规范说”,主张权利事实存在的当事人应当对其主张承担举证责任,行政强拆赔偿诉讼中,原告作为行政赔偿请求权人理应由其承担举证责任,但法律另有规定的,应当从其规定。2017年修正的《行政诉讼法》第38条第2款及其司法解释第47条均肯定原告对损害事实承担举证责任,因此因果关系的举证责任应该由行政机关承担。^②但有关损害事实的举证责任,现行《行政诉讼法》考虑到被告违法强拆,原告存在损害事实的举证困境,常常出现行政相对人确有损失发生,但无法获得赔偿的困境,考虑上述困境新增《行政诉讼法》第38条第2款。由于举证责任实质上区分主观举证责任与客观举证责任,原告在强拆赔偿案件中关于起诉条件、行政行为违法、损害事实承担的是何种性质的举证责任存在不同的理解与适用,笔者在下文予以论述。

二、行政强拆赔偿诉讼原告举证责任适用困境

近年来,行政相对人提起行政强拆赔偿诉讼案件呈增长趋势,原告选择一并提起赔偿诉讼,力求将确认强拆行为违法与赔偿请求在一个程序中予以解决,以期快速恢复受损权益。但行政赔偿诉求获支持的效果不甚理想。笔者统计H中院2018~2020年^③3年89件行政强拆赔偿案件的审理情况,发现原告在强拆主体、损害事实、强拆行为与损害事实间因果关系、免责事由等方面存在举证困境。

(一) 行政强拆赔偿诉讼原告举证责任适用困境表现

1. 强拆主体举证困境。在笔者统计的89件行政强拆赔偿案件中,裁定驳回原告起诉案件31件(具体裁驳理由见表1),占全部统计案件的34.8%。其中,因被告不适格裁定驳回起诉13件,占全部驳回起诉案件42%,另外3件以起诉无事实根据为由裁定驳回原告起诉的案件中也有关于被告不适格的论述。可见,影响原告赔偿请求进入实体审理的主要因素为强拆主体的确定及被告是否实施强拆行为。

表1 2018~2020年强拆赔偿诉讼裁定驳回起诉理由统计

单位:件

项目	被告 不适格	不属于受案范 围	超过起诉 期限	原告 不适格	无事实 根据	重复起诉	合计
数量	13	5	5	4	3	1	31

在行政强拆赔偿案件中,原告需要根据强拆行为的作出主体明确起诉的被告,但出于各种原因相对人不在现场,便无从得知强拆主体身份;即便被强拆人目睹强拆现

① 曹胜亮、刘权主编:《行政法与行政诉讼法》,武汉大学出版社2015年版,第286页。

② 罗智敏:《行政赔偿案件中原被告举证责任辨析》,载《中国法学》2019年第6期。

③ 笔者选用2018~2020年H法院近3年强拆赔偿案件的原因在于,《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》于2018年颁布,2020年裁判的案件截至笔者提交论文初稿时,已经过两审终审,视为生效裁判案件。

场,虽能认知强拆事件发生,但强拆过程中行政主体若没有表明身份,相对人亦难以提供直接证据证明强拆主体。^①拆除的实施主体可能是与征收相关的市县级人民政府、房屋征收部门、属地管理的街道办事处、乡镇人民政府、拆迁办公室、指挥部等,或者是作出违建认定与拆除决定的城乡规划等执法部门,还有可能涉及与土地权益相关的民事主体,当无任何行政、民事主体表明身份并认可实施强拆行为,相对人想要获得强拆主体的相关信息的证据、分辨最终责任主体实为强人所难,这使原告在起诉时难以确定适格被告。另外,强拆赔偿案件中,存在“组织实施”和“具体实施”的情形,主体具有复杂性和不易判断性,究竟是起诉组织实施主体,还是起诉所属工作部门或下级人民政府具体实施主体困扰原告对被告的确定。2021年3月25日,最高人民法院发布《关于正确确定县级以上地方人民政府行政诉讼被告资格若干问题的规定》(以下简称《被告资格若干问题的规定》),其中第2条至第3条^②明确土地征收中的强制拆除、县级以上地方人民政府责成有关职能部门对违法建筑强制拆除案件的被告确定规则。对有强制拆除决定书的,以作出强制拆除决定的行政机关为被告;没有强制拆除决定书的,以直接实施强制拆除行为的行政机关为被告。上述司法解释,在一定程度上解决了明确被告的问题,但除国有土地房屋征收强拆如何明确确定被告外,仍不能解决在没有强制拆除决定,被告否认强拆且被强拆主体没在强拆现场、不能证明实施主体时,被告如何确定的问题。上述情形成为制约公民、法人或者其他组织行使诉权的主要因素。

2. 损害事实举证困境。在笔者统计的89件强拆赔偿案件中,除31件裁定驳回原告起诉外,剩余58件进入赔偿请求的实体审理,其中,法院判决确认违法但驳回其他诉讼请求33件,部分赔偿12件,确认违法并责令作出赔偿决定6件,驳回诉讼请求3件、调解撤诉4件(具体实体裁判结果见表2)。可见,强拆赔偿案件调撤率低,法院回避赔偿数额的确定及实体判决具体赔偿数额的案件少,分别占全部案件的4.5%、6.7%、13.5%,驳回起诉、确认违法但驳回赔偿诉求的案件相对较多,分别占比34.8%、37%。

① 王海燕、温贵能:《国有土地上被征收房屋强拆案件的司法审查》,载《法律适用》2019年第20期。

② 《被告资格若干问题的规定》第2条规定:“县级以上地方人民政府根据城乡规划法的规定,责成有关职能部门对违法建筑实施强制拆除,公民、法人或者其他组织不服强制拆除行为提起诉讼,人民法院应当根据行政诉讼法第二十六条第一款的规定,以作出强制拆除决定的行政机关为被告;没有强制拆除决定书的,以具体实施强制拆除行为的职能部门为被告。”第3条规定:“公民、法人或者其他组织对集体土地征收中强制拆除房屋等行为不服提起诉讼的,除有证据证明系县级以上地方人民政府具体实施外,人民法院应当根据行政诉讼法第二十六条第一款的规定,以作出强制拆除决定的行政机关为被告;没有强制拆除决定书的,以具体实施强制拆除等行为的行政机关为被告。县级以上地方人民政府已经作出国有土地上房屋征收与补偿决定,公民、法人或者其他组织不服具体实施房屋征收与补偿工作中的强制拆除房屋等行为提起诉讼的,人民法院应当根据行政诉讼法第二十六条第一款的规定,以作出强制拆除决定的行政机关为被告;没有强制拆除决定书的,以县级以上地方人民政府确定的房屋征收部门为被告。”

表 2 2018~2020 年强拆赔偿案件实体裁判结果统计

单位：件

项目	确认违法但 驳回其他 诉讼请求	部分 赔偿	确认违法并 责令作出 赔偿决定	驳回诉讼 请求	调解	撤诉	合计
数量	33	12	6	3	1	3	58

损害事实的举证包含损害范围、损害价值。对于有相关土地、房屋权属证书的不动产损害事实易于证明，但对于因历史遗留问题等无证房屋是否具有合法权益难以证明，拆除后难以证明无证房屋的面积、使用性质等，相关附属物的损失因拆除造成财物灭失亦不易证明；关于屋内物品损失，原告通常提供自制的损失物品清单，而事物在特定时间存在与否多需要借助其他表露在外的、能够为人所感知的形式进行证明，而不是仅透过感知的陈述就可以证成的自然事实。^①对于损害财物的价值，自然人主体对其动产价值凭证的保管并不像法人、非法人组织那样有完备的会计账簿予以记载并附相关凭证，多以申请评估鉴定的方式确定价值，但对于水产养殖活物等强拆时未予以清查、登记清楚的财物，评估机构仅根据部分照片，无法确定具体数量、重量，缺少评估依据难以评估时，原告对其损害价值难以举证。

3. 因果关系举证困境。行政赔偿诉讼因果关系的认定直接关系赔偿责任的范围，一定程度上决定了承担责任的有无、多少。司法实践中，原告对停产停业损失不能提供纳税凭证等证据证明该损失实际存在；原告对于贵重物品等非生活用品即便能够证明贵重物品的来源，亦无法直接证明该贵重物品存在于被强拆的建筑物内，除非强拆后有损害物品残余、损坏物品照片、全屋监控录像等能够直接证明强拆行为与损害事实之间的因果关系，否则只能依赖法院依据经验法则进行判断，因果关系依经验法则的主观差异而进行不同认定。

4. 自我免责举证困境。司法实践中，原告对于损害发生往往以口头方式主张无过错，但无法对免责事由进行举证。除此之外，出于法的安定性和行政效率、秩序的考虑，《行政诉讼法》规定原告必须在法定起诉期限内提起行政诉讼，超过法定起诉期限且无正当理由的，则其合法权益就无法通过司法裁判方式予以救济和保障。《行政诉讼法》第 48 条规定了不可抗力、其他不属于自身原因耽误起诉，法定起诉期限扣除的理由。司法实践中，原告多以协商、等待行政机关答复方式期望解决赔偿问题，但未留存协商谈判的证据，无法提供起诉期限法定扣除的证据，失去进入强拆赔偿案件实体审理机会。

(二) 行政强拆赔偿诉讼原告举证责任适用困境后果

1. 不能进入实体审理。司法实践中，以原告不能证明所诉被告适格驳回起诉的案件屡见不鲜。当前法院普遍对于行政强拆赔偿案件起诉阶段中原告承担的起诉条件举证责任要求严格，有的法院在诉讼程序中未及时充分行使释明权，这一态度无疑加剧

^① 石珍、曾令抄：《行政赔偿中损害事实举证责任之重构——以行政程序违法为切入点》，载《天水行政学院学报》2011 年第 3 期。

了原告诉讼维权的困难。^①

2. 赔偿金额与原告诉求差距较大。在笔者统计的 89 件案件中, 12 件最终获得赔偿, 法院判决赔偿大多参照评估鉴定报告确定赔偿数额, 对于无法评估、鉴定的, 涉及酌定赔偿的, 酌定赔偿的数额在 2000 元至 3 万元, 实际赔偿数额远低于原告主张的金额。司法实践中, 对强拆导致的直接损失赔偿范围法院认定不同, 对于普通财物与特殊财物的举证责任分配、证明标准进行有意区分, 对于依据经验法则能够确定的小额赔偿, 法院通常能够行使酌定权予以酌定, 但酌定数额与原告赔偿诉求差距较大。

3. 程序空转赔偿数额不能确定。在笔者统计的 58 件进入实体审理的案件中, 七成法院确认行政主体强拆行为违法, 但对于赔偿诉求选择“回避”的处理方式, 或告知对赔偿诉求另诉, 或责令行政主体作出赔偿决定。笔者发现, 对于群体性纠纷或涉赔偿数额较大但原告提供证据不充分的, 法院未直接判决具体赔偿的比例较大, 存在程序空转现象。

4. 上诉再审率高, 服判息诉率低。在笔者统计的 89 件案件中, 除了调撤案件没有进行上诉、再审外, 强拆赔偿案件裁判作出后, 案件当事人提起上诉、申请再审是常态, 当法院确认强拆违法后, 赔偿数额与原告诉求差距大或者未支持原告赔偿请求的情况下, 当事人便会进行上诉、再审、信访、举报。作为行政机关的被告, 一旦败诉, 无论出于责任追究的考量抑或缓解财政负担的考量, 均通过上诉救济, 以二审生效裁判作为赔偿与否的依据。还有的案件, 因为举证责任的分配、推定适用、法律理解不同, 案件审理历经时间长、审级多, 因强拆引发的诉讼不能及时解决, 增加了当事人的诉累, 影响司法的权威和公信力。

三、行政强拆赔偿诉讼原告举证责任适用困境原因

(一) 行政强拆赔偿诉讼举证责任规范不明晰

我国关于举证责任的规定没有像大陆法系、英美法系那样对举证责任进行划分。行政诉讼、行政赔偿诉讼立法上关于举证责任的立法用语, 有的表述成“举证责任”, 有的表述成“应当提供证据”, 有的表述成“可以提供证据”, 举证责任概念模糊、立法规范用语不一导致强拆赔偿诉讼原告被告承担举证责任不清, 影响举证责任的适用和司法裁判的统一。2014 年《行政诉讼法》修正前, 行政侵权的损害事实按照“谁主张, 谁举证”的分配原则, 由原告承担举证责任。但行政主体违法强拆, 原告对损害事实往往难以举证, 常常面临强拆行为被确认违法但无法获赔的窘境。《行政诉讼法》修正后新增第 38 条第 2 款对行政赔偿特殊情况下的举证责任进行调整, 但由于举证责任法律内涵的歧义, 司法实践中对《行政诉讼法》第 38 条第 2 款存在以下三种不同的理解。

第一种观点是举证责任倒置, 持此观点者居多。最高人民法院编写的著作中认为该款属于举证责任倒置, 被告要对自己的过错和违法情形承担代价, 由被告原因导致

^① 李佳羿:《征收强拆案件中原告起诉阶段举证责任研究》, 中国政法大学 2020 年硕士学位论文。

原告在客观上无法举证或难以举证,再将举证责任加诸原告不适宜。^①第二种观点认为属于举证责任转移。该模式首先由原告对已实际受到的财产损失进行初步证明,初步证明没有达到说服的标准,不能完全证明是因为被告实施了证明妨碍行为,然后损害事实不存在的举证责任发生转移,由被告承担。^②第三种观点认为第38条第2款中损害事实客观举证责任仍归属于原告承担,但是应当降低原告证明标准。学者李年清批判举证责任转移和倒置的观点,认为其属于损害事实证明责任的减轻,在行政赔偿诉讼中,让被告提出证据证明其行为给相对人造成损害,相当于“自证其罪”。^③行政主体违法强拆使行政相对人就损害事实难以举证,法院不能简单地通过举证责任转移或者举证责任倒置模式来证明否定的、未发生的事实,而是需要发挥司法的能动性合理降低原告对损害事实的证明标准。否则由被告证明一个其否定或未发生的事实与常规的逻辑思维不符,而且会给法官裁判造成困扰。^④

(二)原告自身原因导致的举证困境

原告作为被强拆人处于弱势地位,尤其在涉集体土地征收强拆案件中,当事人大多是法律知识欠缺的村民。原告对行政主体实施行政行为的过程及行政行为所依据的事实依据、法律依据不甚了解,更没有权利调取行政执法卷宗,原告的举证能力有限。^⑤在笔者统计的89件强拆赔偿案件中,有29件案件无律师作为委托代理人,无律师代理的比例约为32.6%,近1/3的案件由被告强拆人出庭应诉,由于被强拆人对法庭规则陌生、对行政诉讼举证规则陌生,易忽视庭前对赔偿诉求证据的收集,诉前没有固定与行政机关协调解决等法定扣除起诉期限的证据。有的原告选择信访的方式寻求救济,超过了法定期限起诉,无法获得司法途径保护。有的原告为了追求强拆赔偿利益的最大化,利用证据灭失无法复原、无法取得的漏洞,虚构财产损失,为了获得更多的补偿而变相地向被告和法院施压。^⑥也有的原告在行政机关强拆行为被确认违法后,借强拆违法之机漫天要价。

(三)行政机关强拆行为妨碍原告举证

1. 强拆行为违反实体法。司法实践中,行政主体违法强拆表现在有强制执行权的行政主体未依法履行法定强拆程序,未经公告、催告程序,未充分保障被强拆主体的陈述申辩权提前拆除;强拆对象错误;不作出、不送达有关强拆的书面决定或送达对象错误;未给被拆迁人留出复议或诉讼的期限,或在未获得法院的准许强制执行裁定前,径行强拆被征收房屋等;无强制执行权的行政主体未申请法院强制拆除,违法强拆行为严重影响原告陈述、申辩的权利,原告对拆除行为没有合理预知,没有产生紧

① 最高人民法院行政审判庭编著:《最高人民法院行政诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2018年版,第264页。

② 李年清:《行政强拆赔偿案件中损害事实的举证责任》,载《时代法学》2015年第1期。

③ 李年清:《行政强拆赔偿案件中损害事实的举证责任》,载《时代法学》2015年第1期。

④ 刘婧偲:《存货损失的行政赔偿问题研究——以A药业公司诉某省公路管理局行政赔偿案为例》,辽宁大学2020年硕士学位论文。

⑤ 朱名扬、刘露、任俊琴:《论我国行政诉讼举证责任的分配》,载《鄂州大学学报》2016年第4期。

⑥ 蒋成旭:《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》,载《交大法学》2019年第4期。

迫感,不能及时转移相关财物、不能自行小心拆除保留建筑材料、不能及时固定相应证据,以致在后续强拆赔偿诉讼举证受阻。

2. 强拆行为违正当程序原则。行政强拆赔偿诉讼中的“违法性”是否仅等同于行政诉讼违法性审查?如果单一理解为违反法定程序需要赔偿,将会把行政主体不违法但存在过错侵权行为排除在赔偿范围外,当事人合法权益受侵害却得不到赔偿,有违公平原则。在法律、法规和规章没有规定或者规定的行政程序不完备时,行政机关还应当遵循正当程序原则。^①司法实践中,行政主体违正当程序原则表现为在强拆前未通知当事人或其成年家属、见证人到场,强制拆除前未当场清点房屋内的财物,未进行财产登记或现场记录,未对拆除全过程及转移保全物品过程通过摄影摄像、公证等方式予以记录,强制拆除后对行政主体保管的相对人财物未尽妥善保管义务;未及时通知当事人领取行政主体保管的财物;对被强拆人领取的财物未进行交接登记等。

3. 选择性提交证据。司法实践中,有个别行政主体拒绝提供重要证据或者以执法记录仪保存视频资料时间短等非正当理由不予提供重要证据,此种证明妨碍行为严重影响拆除主体、损害事实等主要事实的查明。

(四) 法院对待原告举证困境的做法不同

1. 法院是否推定适格被告存在差异。行政主体在强拆时未作书面决定,未明确表明身份或所属关系,被强拆人往往无能力自行准确识别实施强拆的行为主体,被强拆人无充分确凿证据证明具体实施者,只能起诉其认为的被告,但所诉被告矢口否认是其所为或其授意所为时,司法实践中法院做法不一,有的法院以原告所诉被告不适格或者没有事实依据裁定驳回原告起诉,有的法院采取推定的方式推定被告。不同审级法院推定被告的态度、做法不同。由于推定事实具有或然性,或出于司法责任制的考虑,多方原因排斥着事实推定的适用。

2. 法院对举证责任性质标准认定不一。对于《行政诉讼法》第38条第2款三种不同理解,各级法院在裁判说理中均有表达,透露出不同法院对《行政诉讼法》第38条第2款中被告承担损害事实举证责任的性质是客观举证责任还是主观举证责任、原告是否需要初步证明理解不一。现行主流观点认为,因被告违法强拆妨碍原告举证的,由被告承担损害事实的客观举证责任,区别在于有主张为举证责任倒置,有主张举证责任转移。对于原告初步证明涉及的普通财物等日常的生活用品与特殊财物等贵重物品,初步证明标准有所不同。也有少部分观点认为,被告承担举证责任的性质为主观举证责任,原告承担损害事实客观举证责任,但证明标准应当降低。

3. 法院对直接损失认定不一。司法实践中,对于原告主张的律师费、误工费、邮寄费、打印复印费、差旅费、电话费等损失认定较为统一,系间接损失。对于原告主张的精神损害赔偿,在不涉及侵犯人身权情形时,法院也不予支持。但关于直接损失范围,各法院认定不一。有的法院确立赔偿不低于补偿原则,支持搬迁过渡费及拆迁补偿奖励费等征收补偿方案确定的补偿范围;有的法院认为,奖励费是对按时签订征收补偿协议、按规定时间搬迁的奖励,对于未在规定时间内签约、搬迁等不符合给予奖励费条件的,不予赔偿;还有的法院认为,奖励费等不应在强拆赔偿诉讼中解决,可以另

^① 章剑生:《再论对违反法定程序的司法审查——基于最高人民法院公布的判例(2009—2018)》,载《中外法学》2019年第3期。

诉。有的法院认为，利息损失作为一种孳息，属于间接损失，不予赔偿；有的法院认为，孳息可以最大程度保护被强拆主体合法权益，予以支持。有的法院认为，租金损失属于过渡性质的损失，应以安置补偿方案的过渡费用作为参照，超出部分不予支持；有的法院认为，自有房屋租金分为待出租的“预期租金收益”和正在出租的“既得租金利益”，“既得租金利益”属于停产停业损失性质，属于直接损失范畴，但不能与停产停业损失重复计算，而“预期租金收益”不属于直接损失。关于违法建筑材料损失，有的法院认为，《国有土地上房屋征收与补偿条例》第24条明确对违章建筑不予补偿，违章建筑是违法状态的表现形式，建筑材料附随违章建筑的损毁而损毁，当事人无权对该部分损失要求赔偿；^①也有法院从添附能否单独处理角度，认为基于建筑材料来源的合法性，对于应当且有能力进行清理登记并移交的部分建筑材料残值予以支持，对拆违过程中无法搬出、移交且不可避免受到损毁部分不予赔偿。关于停产停业损失，有的法院认为，该损失属于法定的房屋征收补偿范围，告知另诉或通过征收补偿程序解决；有的法院认为，该停产停业损失是补偿临时性经营困难损失，具有过渡费用性质，按照适当期间赔偿，但不能将因自身原因未开展经营的损失，全部由行政机关来承担。司法实践中，各个地区法院对同样证据的采信、对同一事实要求的证明标准可能认定不同，裁判不统一。^②

4. 法院行使酌定权不透明。原、被告都无法就损害数额提供确切证据，无法确定损害数额时，《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47条第3款明确规定了法官对损害数额行使酌定权的条件及标准。但在实际运行中，法官对行使此权力的积极性不高，有的法官行使了酌定权，但裁判文书中对酌定的依据简单带过，仅以“根据生活常识”或者“结合本案案情及在案证据”直接酌定赔偿数额，对当事人所主张的考量因素、损害物品清单范围哪些予以支持、哪些不予支持的具体理由没有回应，法官依据何种生活常识、结合哪些证据没有论述，裁判缺乏说服力，没有将酌定数额的内心确信予以公开，以致当事人对酌定数额不予认可，无法信服，提起上诉或申诉。

四、行政强拆赔偿诉讼原告举证困境的破解

破解原告举证困境最彻底的方式在于从根本上减少或者杜绝违法强拆发生。若因违法强拆引发行政诉讼，如何平衡举证负担，实现实体公正，是本文研究的重点。鉴于行政强拆赔偿诉讼的特殊性，应当通过明晰举证责任内涵、举证责任分配，综合运用事实推定、适当降低原告损害事实的证明标准纾解原告在强拆主体、损害事实等问题上的举证负担，最大限度地查明损害事实。

（一）规范行政主体的强拆行为

行政主体违法强拆的背后反映出行政主体依法行政意识的欠缺，更多考虑行政效能，忽视法治与效率的统一。实施强拆行为必然造成财物的损坏，要将强拆行为纳入必要的程序控制范围，减少强拆对原告财物造成不必要的损坏，建议将行政强制措施

^① 王岩：《强制拆除违法建筑案件若干问题探析》，载《法律适用》2011年第9期。

^② 参见山东省高级人民法院行政庭课题组：《国有土地上房屋征收类案证明标准研究》，载《山东法官培训学院学报》2019年第2期。

有关程序规定纳入行政强拆程序当中，即在实施强拆时通知相对人到场，赋予其取出贵重物品、隐秘物品的权利。制作现场笔录并由被强拆主体或同住亲属签字确认，当事人不在场或拒绝签字的，由见证人、执法人员共同在现场笔录上予以说明并签字确认。^① 相对人不能到场，又没有见证人的，采取公证录像的方式对强拆现场予以全面记录，避免对强拆建筑物的表面进行简单拍录，应当对室内物品进行详细拍录，客观全面地记录拆除情况，避免日后行政赔偿诉讼中“证明受阻”。强制拆除后，要妥善保管相对人财物，及时通知相对人领取并做好交接记录。强制拆除程序的完善可能影响强制拆除的效率，但该程序的完善对提高法治政府建设水平、保护行政相对人权益及后续强拆赔偿诉讼损害事实的举证是有利无害的。

（二）明晰举证责任内涵与分配

1. 明晰举证责任内涵。我国行政诉讼举证责任制度虽表现出特殊性，但因举证责任分配标准单一，在行政审判实践中存在周延性欠缺、明确性不够等问题。^② 完整的举证责任应当包含主观举证责任和客观举证责任。我国行政诉讼立法虽未明确区分主观举证责任和客观举证责任，但从法律条文的内涵中可以得出我国行政诉讼法实质上已经接受了举证责任双重含义。这种分类有助于在一定的规则基础上使举证责任能在当事人之间条分缕析，避免责任的片面单一化倾向，^③ 清晰地划分举证责任也能够消减司法实践中抽象模糊地使用“举证责任”引发的一系列类案不同判问题。

2. 合理分配原告举证责任。行政主体违法强拆导致原告举证困难，选择支持举证责任倒置观点或者支持举证责任转移观点，将《行政诉讼法》第38条第2款规定解读为由被告承担损害事实的客观举证责任，原告承担损害事实的主观举证责任。但笔者认为不妥，虽然举证责任倒置能够最大限度地督促行政机关依法行政，保护原告的合法权益，但不可否认的是，有的原告借用举证责任倒置滥用诉权夸大赔偿数额，在行政主体亦无证据进行举证时，倒置并不会查明损害事实，且有可能损害公共利益，扩大国家赔偿责任，损害全体纳税人的合法权益。另外，如果将第38条第2款理解为损害事实举证责任倒置，同时要求原告就损害事实进行初步证明，并没有完全免除原告的举证负担，不符合举证责任倒置的一般理解，即举证责任倒置与初步证明不能兼容。

如将第38条第2款理解为举证责任转移，则需以初步证明为前提，但该初步证明并没有在《行政诉讼法》第38条第2款有所体现，突破该条文的文义，同时也与司法实践中区分物品价值，由原告对贵重物品损害事实承担相当于客观举证责任的司法实

^① 《行政强制法》第18条规定：“行政机关实施行政强制措施应当遵守下列规定：（一）实施前须向行政机关负责人报告并经批准；（二）由两名以上行政执法人员实施；（三）出示执法身份证件；（四）通知当事人到场；（五）当场告知当事人采取行政强制措施的理由、依据以及当事人依法享有的权利、救济途径；（六）听取当事人的陈述和申辩；（七）制作现场笔录；（八）现场笔录由当事人和行政执法人员签名或者盖章，当事人拒绝的，在笔录中予以注明；（九）当事人不到场的，邀请见证人到场，由见证人和行政执法人员在现场笔录上签名或者盖章；（十）法律、法规规定的其他程序。”第24条第1款规定：“行政机关决定实施查封、扣押的，应当履行本法第十八条规定的程序，制作并当场交付查封、扣押决定书和清单。”

^② 马立群：《德国行政诉讼证据调查与客观证明责任的分配规则——兼评对我国的借鉴价值》，载《比较法研究》2020年第5期。

^③ 王彦：《行政诉讼原告举证责任的立法完善》，载《法律适用》2006年第8期。

践相左。客观上看,对于日常生活、生产的普通财物予以初步证明后,法官可依经验法则、逻辑推理进行损害范围的判断。但对于非日常生活、生产用品损害事实仅自制清单初步证明,法官则难以依据经验法则去推定。因此,贵重及特殊物品损害事实的举证责任不能仅停留于初步证明层次,应当提高至“说服”层次。

笔者认为,因被告原因导致原告无法完全举证的,原告仍承担对损害事实完整的主客观举证责任,再通过降低原告对强拆造成的受损事实的证明标准,尽量压缩通过适用证明责任简单处理事实真伪不明情形,最大程度上还原损害事实的客观情况,平衡原、被告之间举证负担,既能避免原告借用举证责任分配任意虚构扩大损失恣意滥诉,又能在实质上提高行政主体证明负担,监督行政主体依法行政,保护被强拆人合法权益;同时在逻辑上形成请求权人对权利成立要件负举证责任的逻辑自治,也为法官行使酌定权提供依据。而且在行政诉讼制度比较完善的国家和地区,原告承担与其诉讼请求和举证能力相匹配的举证责任是通行做法。^①

(三) 应用事实推定减轻原告举证责任

原告诉权事实的举证困境主要在于分不清强拆行为的责任主体。《被告资格若干问题规定》明确涉土地征收强拆及县级以上政府责成有关部门强拆违法违规建筑案件被告确定规则,但该解释仍不能解决涉集体土地征收强拆等其他强拆案件中,无强制拆除决定、无行政主体认领强拆行为且原告无证据证明行政主体实施或委托实施强拆行为的证明困境,此时应用事实推定确定被告仍存在适用空间。

由于事实推定以经验法则为基础,经验法则具有主观差异性,推定出的事实具有或然性、不周延的特征,有必要限制事实推定的适用情形,避免不正当地滥用和误用事实推定。^②原则上,认定案件事实适用证据裁判原则,在现有证据能够证明案件事实存在或不存在的明确二分状态,事实推定则无适用空间。事实推定一般由基础事实、推定事实、常态联系、反驳四要件构成。^③其逻辑推理形式也是按照三段论形式,其中大前提为常态联系,而作为常态联系的日常生活经验法则应为一般社会大众根据日常生活经验和知识均能得出的具有高度盖然性的标准的相同结论。^④但经验法则毕竟是相对的且存在主观差异,需要在行政强拆赔偿裁判中予以公开,接受当事人和社会公众的监督。司法实践中,行政强拆赔偿案件适用事实推定的大前提常常表现为,因征收引发的强拆行为,在无民事主体参与实施情况下,原、被告双方均无证据证明强拆主体,且无主体对强拆行为负责,征收行为与强拆行为有着高度的盖然性,征收实施主体无法证明非其所为,一般为征收实施主体实施的强拆行为;民事主体参与实施强制拆除的,不能仅凭民事主体提交的但缺乏其他证据佐证的自认拆除说明,认定系民事主体实施,应当视为行政机关委托实施。基础事实是事实推定的小前提,是将难以直接证明的待证事实变更其他较易证明的事实,再通过常态联系推定出待证事实。强

^① 杨杰:《行政强拆赔偿案件中的原告举证责任分析——基于〈行政诉讼法〉第38条第2款“举证责任倒置”引发的思考》,载《行政与法》2018年第12期。

^② [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆2005年版,第184页。

^③ 杨宁:《推定规则研究》,法律出版社2018年版,第204页。

^④ 王华伟:《论事实推定在行政诉讼中的应用——兼评行政诉讼证明标准》,载《大庆师范学院学报》2014年第2期。

拆赔偿案件的基础事实常常表现为原告的土地、房屋等在征收范围内,涉案拆除物品系原告所有或者原告为相关利害关系人。被告根据《土地管理法》《国有土地上房屋征收与补偿条例》等确定征收实施部门,或者相关征收补偿、安置方案等文件中已明确具体的分工,或者生效裁判确定同一征收范围内拆除他人房屋的实施主体。民事主体无强制执行职权,民事主体侵犯他人合法权益,或承担民事侵权责任,或承担刑事责任。推定事实是基于基础事实和常态联系得出一种或然性事实,并不是客观事实本身。推定事实的非必然性无疑需要给予推定不利方行使反驳权的机会,推翻事实推定的适用。反驳要件属于事实推定最后需要履行的程序,也是事实推定的生效条件。若事实推定的基础事实、常态联系、推定事实任一要件被推翻,则推定事实不能成立。程序上赋予对方当事人反驳的权利,以保持诉讼主体之“武器”平等,进一步从程序层面强化了该事实认定的正当性,充分彰显了诉讼公正的实体和程序双重内涵。^①

(四)降低证明标准规则及程序完善

诚如笔者上文所述,笔者认可通过降低原告证明标准的方法理解《行政诉讼法》第38条第2款,并将其重新解读为原告对损害事实承担主观、客观举证责任,因被告原因,导致原告无法完全举证的,被告应当承担无损害事实或减少赔偿数额的主观举证责任,被告不提供证据或提供的证据不优于原告证据的,应当承担不利后果。重塑后,当被告强拆妨碍原告对损害事实完全举证的,此时降低原告证明标准,强制性要求被告承担主观举证责任,增加被告举证负担,将损害事实的主观举证责任在原、被告之间循环往复,在穷尽举证后,损害事实、损害数额无法认定且无法达成调解,人民法院综合案件实际情况,运用经验法则和逻辑推理,对不符合合理的损害事实予以剔除,酌情认定损害事实和赔偿数额。

1. 被告证明妨碍的认定。一般认为,证明妨碍构成要件包含主体要件、主观要件、客体要件、客观要件。结合现行《行政诉讼法》第38条第2款,强拆赔偿案件的妨碍主体为行政强拆赔偿诉讼的被告。主观要件即主观可归责性,一般区分故意和过失。不论行政主体出于故意还是过失主观心态,违反法定程序、违反法定原则都应承担证明妨碍的法律后果。证明妨碍的客体要件指妨碍行为所针对的具体对象,^②一般包括法律明文规定的所有证据种类或者证据方法。证明妨碍的客观要件包括妨碍行为、妨碍结果以及二者之间的因果关系。妨碍行为是行政机关违反法定程序、违反正当程序、隐匿证据的行为。强拆赔偿诉讼妨碍后果是因被告妨碍行为妨碍原告就损害事实完全举证,陷入举证不能或举证困难的结果。若妨碍行为未导致举证困境的发生,则证明妨碍不能成立。证明妨碍的认定是启动并适用原告特殊举证救济的先决条件。

2. 原告损害事实的优势证明标准。行政主体违法强拆,原告穷尽其举证能力提供的证据有限,若仍要求其举证达到排除合理怀疑或清楚而有说服力的标准,对于被强拆人来讲难免强人所难。笔者认为,强拆赔偿案件中原告对损害事实的证明标准要求不应过高,以盖然性占优势的证据认定案件事实即可,即达到优势证明标准。但这并不排除法院对不符合合理的损害事实进行剔除、合理裁量,以避免原告恶意扩大损失,避免国家赔偿肆意扩大。对于赔偿数额,原告可以通过委托评估予以认定,无法通过

① 张海燕:《推定:事实真伪不明困境克服之优位选择》,载《山东大学学报》2012年第2期。

② 高建超:《证明妨碍的法律效果研究》,中国政法大学2019年硕士学位论文。

评估确定损害价值的,原告可以提供参照赔偿依据,同时法院可以结合案件的具体情况,通过走访、询价,参考同区位、同性质的房屋的市场价格,参照征收补偿方案、同一征收范围内其他被征收人补偿标准等予以酌定。

3. 主观举证责任在原、被告之间循环往复。重塑《行政诉讼法》第38条第2款后,损害事实的客观举证责任仍由原告承担,该客观举证责任作为一种实体的诉讼风险,具有不可转移性。但主观举证责任则可随当事人间举证程度的变化而循环反复,直到法官最终形成内心确信。此种通过降低证明标准、主观举证责任来回转移的方式,可以避免原告为追求利益最大化借用举证责任滥诉、夸大损失,也可以在法律明文规定的情况下,让被告承担更高的举证义务,运用主观举证责任在当事人之间的循环往复最大程度接近客观损害事实,压缩真伪不明适用客观举证责任认定责任的适用空间。

4. 直接损失的范围与认定。我国《国家赔偿法》中没有关于直接损失认定的规定,相对于民事侵权的足额赔偿,现行国家赔偿依据抚慰性标准纳入赔偿的直接损失范围难免狭窄。随着国家持续开放,我国已成为世界第二大经济体,即便仍采用抚慰性标准,直接损失的范围存在适当扩大的条件。具体扩大直接损失范围的路径为,将财产按照形态分为有形财物和无形的财产性利益,财物即指《民法典》物权编规定的“物”。财产性利益指财物以外的财产上的利益,^①如银行的孳息、房屋租金,能够通过请求权的行使予以价值转换。再按照行政侵权行为发生时点分别将财物分为侵权行为发生时的现有财物和未来可得财物;将财产性利益分为侵权行为发生时的既得财产性利益和未来可得财产性利益。将现有财物、既得财产性利益纳入《国家赔偿法》赔偿的直接损失范围内。再结合涉征收强拆赔偿案件确立的“赔偿不低于补偿”原则,全面覆盖房屋征收安置补偿权益,避免违法强拆反而降低合法征收成本的不合理情形。

结 语

笔者结合2018年至2020年工作实践中接触到的行政强拆赔偿案件、最高人民法院部分行政强拆赔偿再审案件,追溯原一审、二审裁判情况,发现行政强拆赔偿案件中原告在强拆主体、损害事实等方面存在举证困境,拆除主体的确定决定着责任主体的确定,但违法强拆行为使原告就“适格被告”的举证摸不到头脑,即便立法上明确原告对“明确被告”承担举证责任,但“明确被告”达不到“适格被告”标准,仍面临着无法进入实体审理、无法进行损害救济的不利后果。如何解决适格被告问题,成为强拆赔偿案件审判实践的一大难题。对于损害事实的举证难题,《行政诉讼法》的修正虽然增加第38条第2款,明确因被告原因,原告无法举证的,被告承担举证责任。但正因为举证责任含义不明晰,司法实践中对第38条第2款进行了举证责任倒置、举证责任转移、证明标准降低的不同解读,引发强拆赔偿案件的类案不同判。举证责任倒置虽能够最大限度地减轻原告举证负担,从长远来看对规范行政主体强拆行为、强化法治政府建设具有深远意义。但客观举证责任的转换,使得部分原告借机滥用诉权、滥用举证责任分配,虚构夸大损害事实,消极举证,将自己置身在举证责任之外,不利于法院对损害事实的查明,法院亦缺乏损害事实酌定的基础。举证责任转移区分了

^① 张明楷:《财产性利益是诈骗罪的对象》,载《法律科学》2005年第3期。

对普通财物与特殊财物的初步证明标准，但特殊财物的初步证明标准显然达到客观举证责任程度，与举证责任转移的理论不符，且超出现有法律条文文义。针对上述困境，笔者提出四大对策：一是从根本上规范行政主体的强拆行为，通过程序的规制和完善，避免举证困境的发生。二是明晰举证责任的内涵和分配，明晰举证责任的双重含义，并将强拆赔偿诉讼原告举证责任范围明确为原告对诉权事实承担主观举证责任且属于初步举证责任，对强拆行为违法性事实承担主观举证责任，对行政赔偿构成要件中的损害事实承担完整举证责任即承担主观举证责任和客观举证责任。三是对强拆主体的举证困境，提出运用事实推定的方式予以推定，明确事实推定的滞后适用及适用规则。四是针对损害事实的证明困境对《行政诉讼法》第38条第2款重新解读，明确在被告存在证明妨碍时，通过降低原告证明标准的方式减轻原告举证责任，进而实现原、被告之间的“武器”平等，在被告证明妨碍情况下，原告对损害事实不区分普通财物和特殊财物均需达到优势证明标准，通过主观举证责任来回转移，为法院案件对事实的查明及酌定赔偿提供依据，同时提出行政强拆赔偿直接损失界定范围，为原告对损害事实的举证进一步提供指引。但本文还存在很多不足之处，尤其是损害事实证明标准降低理论还不太成熟，选取的案例不够全面，原告在行政强拆赔偿案件中的举证困境客观存在，如何平衡原、被告之间的举证差异，合理化解强拆赔偿案件中强拆双方的矛盾，探索之路仍任重道远，有待进一步探索和总结。