

## 政府信息不存在诉讼中证明责任的体系化构建

### ——基于最高人民法院第 101 号指导案例的分析

郑 涛\*

**内容提要：**最高人民法院第 101 号指导案例引出了一个很重要的证明责任问题，即在政府信息不存在诉讼中，作为申请人的原告方该如何承担相应的举证义务。在证明责任双重含义理论框架下，信息不存在诉讼的客观证明责任分配应以信息公开请求权之成立为基础性要件事实，以检索行为合法性为抗辩事由，分别配置给申请人和信息公开机关。在信息客观存在性的主观证明责任分配方面，申请人应通过具体化的主张完成“较大可能性”的立证证明任务。法官根据本证方提出的初步证据形成临时心证，并依照“本证—反证”规则将具体举证责任转移给信息公开机关，以推动案件事实的发掘。心证公开前提下的证明评价是主观证明责任转移的程序合法性基础，信息公开机关的反证证明只须动摇法官的内心确信即可。主观证明责任致力于案件事实的认定，并不直接导出法律效果乃至判决结果。

**关键词：**政府信息不存在 信息公开请求权 主观证明责任 第 101 号指导案例

## 一、问题与进路

### （一）第 101 号指导案例

2018 年 12 月 19 日，最高人民法院发布第 101 号指导案例——“罗元昌诉重庆市彭水苗族土家族自治县地方海事处政府信息公开案”（以下简称“罗元昌案”）。<sup>〔1〕</sup> 该案的基本案情是：原告罗元昌向被告彭水县地方海事处申请公开有关海事部门的机构信息、涉及自己船只的海事调查报

\* 郑涛，武汉大学环境法研究所、武汉大学法学院副教授。

本文为国家社会科学基金青年项目“繁简分流背景下民事审判制度改革研究”（22CFX018）的阶段性成果。

〔1〕 参见《最高人民法院指导性案例：2018 年 1 月—2020 年 12 月》，人民出版社 2021 年版，第 37—40 页。

告等政府信息。彭水县地方海事处作出的《政府信息告知书》中载明：（1）相关海事部门机构信息的获取方式和途径；（2）不存在相关海事调查报告的政府信息。罗元昌以政府信息不存在的答复与事实不符为由，提起行政诉讼。

一审法院认为，原告未提交有效证据证明其申请公开的海事调查报告等信息由彭水县地方海事处制作或保存，鉴于被告已经履行法定的告知义务，故判决驳回原告的诉讼请求。<sup>〔2〕</sup>二审法院认为，彭水县地方海事处作为彭水县的海事管理机构，负有对彭水县行政区域内发生的内河交通事故进行立案调查处理的职责。罗元昌提交了其船只发生搁浅事故和沉没事故的相关线索，彭水县地方海事处有关信息不存在的答复仅有自述，没有提供印证证据证明其尽到了查询、翻阅和搜索的义务。鉴于彭水县地方海事处已在二审期间主动撤销了原《政府信息告知书》，故判决确认其政府信息答复行为违法。<sup>〔3〕</sup>

作为指导性案例，该案的裁判要点是：在政府信息公开案件中，被告以政府信息不存在为由答复原告的，人民法院应审查被告是否已经尽到充分合理的查找、检索义务。原告提交了该政府信息系由被告制作或者保存的相关线索等初步证据后，若被告不能提供相反证据，并举证证明已尽到充分合理的查找、检索义务，人民法院不支持被告有关政府信息不存在的主张。

## （二）问题的提出

很明显，一审法院将信息是否存在的举证责任配置给了申请人一方，并因证明不能而判其败诉。虽然通过证据目录可以发现，本案原告在诉讼中提交了不少证据，<sup>〔4〕</sup>但是一审法院认为其“不能直接证明”待证事实。与之相对，二审法院显然将主要的证明负担配置给了信息公开机关，认为针对罗元昌提交的初步证据，彭水县地方海事处未能进行有效的反驳，故应承担败诉的不利后果。如果说信息不存在诉讼的证明对象是信息存在客观性的话，在谁来对其承担证明责任这一问题上显然存在分歧。此外，对于罗元昌提交的初步证据，一、二审法院也得出了不同的认定结论。二审法院认识到，在此类证明困难案件中，即便间接证据也是现有条件下原告所能举出的全部证据，为查明案件事实，故构建出“初步证据—相反证据”的证据调查规则。应该说这是“罗元昌案”能够被最高人民法院选定为指导性案例的关键所在。

进一步检视审判实践中信息不存在诉讼的证据调查过程，可以发现，证明责任分配规则不一致、质证认证程序不规范的现象十分普遍。理论上，大家的基本共识是，政府信息不存在诉讼的主要证明责任在信息公开机关一方。<sup>〔5〕</sup>但是，实践中证明负担却常常落在申请人一方。相较于信息公开机关例行化的检索凭证、查询记录等证据出示，申请人往往要提交大量证据材料来证明所申请的信息客观存在。在认证环节，法官对申请人提交的证据更是缺乏实质性评价。例如，

〔2〕 参见重庆市彭水苗族土家族自治县人民法院（2015）彭法行初字第00039号行政判决书。

〔3〕 参见重庆市第四中级人民法院（2015）渝四中法行终字第00050号行政判决书。

〔4〕 罗元昌向法院提交的证据材料主要有乌江彭水水电站断航碍航问题调查评估报告、彭水县地方海事处关于6月6日鸿福618等船舶搁浅事故的情况汇报、彭水县地方海事处关于近两年因乌江彭水水电站不定时蓄水造成船舶搁浅事故的情况报告、重庆市发展和改革委员会关于委托开展乌江彭水水电站断航碍航问题调查评估的函、关于开展乌江彭水水电站断航碍航补偿有关工作的通知、乌江彭水水电站断航碍航补偿方案及船舶第二次和第三次公示说明等。

〔5〕 参见殷勇：《“政府信息不存在”情形下的司法审查》，载《法学》2012年第1期，第60页；王由海：《“政府信息不存在”案件中的举证困境与规则重塑》，载《证据科学》2021年第2期，第216页。

“曹某某诉陕西省西咸新区沣西新城管理委员会、陕西省西咸新区开发建设管理委员会政府信息公开案”中，原告试图以“土地分类表”和“政府批复文件”来证明所申请信息客观存在；〔6〕“刘某某诉湘潭市雨湖区人民政府政府信息公开案”中，原告不仅提交了相关的政府文件，还指出被告前后两次信息公开答复的矛盾和可疑之处。〔7〕但是，两案法官都将审理的重心放在了被告检索行为合法性的审查之上。证据调查结束，所申请信息的客观存在性始终未得到有效的正面回应。

### （三）研究进路

其一，在研究初期，鉴于“信息不存在”这一否定性事实的证明困局，学界将研究重心放在证明对象和证明路径的探讨方面。例如，为回避否定性事实直接举证证明的困难，将证明对象由“信息不存在”转换为“没有制作、获取并记录和保存该信息的义务”；〔8〕用“检索合理性”替代“信息客观存在性”的证明，并将前者细化为检索范围是否合理、检索方法是否妥当、检索人员态度是否尽职等。〔9〕此类观点基于对证明责任的传统认知，以行政诉讼由被告负证明责任为主导理念，在不区分客观证明责任和主观证明责任的前提下，践行着朴素的举证责任分配逻辑。

其二，随着研究的不断推进，借鉴民事诉讼领域证明责任理论框架，学界开始探讨信息不存在诉讼的客观证明责任问题。例如，有学者尝试引入德国学者罗森贝克的规范说理论，将“搜寻答复程序是否合法”和“信息是否存在”的客观证明责任分别配置给信息公开机关和申请人。〔10〕有学者运用“初步证据”和“自认”规则建构起层次递进的信息存在客观性司法审查模式；〔11〕也有学者在“本证—反证”区分的基础上，引入间接反证规则，尝试对“信息不存在推定”进行限制。〔12〕此类观点虽然明确了信息不存在诉讼证明责任的双重内涵，厘清了客观证明责任前提下的举证风险负担问题，但对证明过程的分析仍停留在宏观抽象层面，引导证据调查以发现案件真实的效用十分有限。

证明责任不仅是事实真伪不明时法官作出裁判的方法，更是案件事实调查环节的责任分担方式。实践中客观证明责任语境下的事实真伪不明并非常态，那么，运用主观证明责任查明案件事实就显得十分重要。第101号指导案例在举证责任规则的形成方面注重事实认定之证据调查目标，为信息不存在诉讼植入了当事人证据对抗的理念。本文尝试接续并拓展这一思路，在坚持以客观证明责任为主导的理论共识下，充分发挥主观证明责任的案件事实发掘功能，以实现信息不存在诉讼证明过程的精细化作业。

## 二、政府信息不存在诉讼的证明困境

### （一）“信息不存在”的界定难题

2008年《政府信息公开条例》（以下简称“2008年《条例》”）第21条第3项将“信息不

〔6〕 参见陕西省西安铁路运输中级法院（2021）陕71行终127号行政判决书。

〔7〕 参见湖南省湘潭市中级人民法院（2019）湘03行初131号行政判决书。

〔8〕 参见林鸿潮、许莲丽：《论政府信息公开诉讼中的证明责任》，载《证据科学》2009年第1期，第39页。

〔9〕 参见程琥：《〈政府信息公开条例〉的修改》，载《国家检察官学院学报》2016年第3期，第75页。

〔10〕 参见郑涛：《政府信息不存在诉讼之证明责任分配探析》，载《清华法学》2016年第6期，第143-145页。

〔11〕 参见张亮：《论政府信息推定不存在的限制与修正》，载《环球法律评论》2020年第4期，第138-143页。

〔12〕 参见王由海：《“政府信息不存在”案件中的举证困境与规则重塑》，载《证据科学》2021年第2期，第213页。

存在”作为一种抽象的信息公开答复方式，未明确这种“不存在”是客观不存在还是检索不到而不存在。官方释义中将其解读为自始至终不曾产生，<sup>〔13〕</sup>而司法实践中多将其界定为当下的存在状态。<sup>〔14〕</sup>2019 年修订后的《政府信息公开条例》（以下简称“2019 年《条例》”）第 36 条第 4 项明确指出，“信息不存在”是“经检索（发现）没有”。因为，有些政府信息本来是应该存在的，只因行政机关未履行制作或保存的义务，或囿于现有技术手段以及其他客观原因，导致实践中无法查找到。故此，有学者认为这是立法上将“检索不到”推定为“信息不存在”。<sup>〔15〕</sup>至此，“信息不存在”已经突破客观不存在的单一面向，走向复合多元的实践样态。

但必须指出的是，将“检索不到”作为推定“信息不存在”的基础事实，在经验法则层面是有缺陷的。例如，最高人民法院曾将“未制作”“未获取”“未保存”“未找到”等均归入“信息不存在”的范畴；<sup>〔16〕</sup>也有学者将实践中“信息不存在”的具体情形归纳为无法定职能、未实际履职、未客观保存，以及有保存却无法提供。<sup>〔17〕</sup>当信息公开机关以“检索不到”答复申请人信息不存在时，并不能囊括“信息不存在”的所有情形。更重要的是，实践中这种非等价替代性答复往往没有正面解释造成信息不存在的客观原因。加之，囿于较强的保密倾向以及检索方法的非标准化现状，以“检索不到”为由答复“信息不存在”同样会给申请人留下无尽的想象空间。

当然，“信息不存在”意涵的模糊性不仅源自实践的复杂性，更源自其作为证明对象的特殊性，且某种意义上后者更具根本性。根据罗马法的证明责任分配理论，因为消极事实无法举证证明，故其主张者不负举证责任。<sup>〔18〕</sup>“信息不存在”是一种包含否定性内容的答复方式，作为主张者的信息公开机关是否需要对此承担证明责任，同样存在争议。比如，有学者认为“信息不存在”无法作为证明对象被直接证明，而是应当通过延伸和细化，从间接层面进行举证证明。<sup>〔19〕</sup>这也是理论和实践中探讨证明对象转换的重要缘由。但是，如果细究，“检索不到”作为替换后的待证事实仍包含否定性内容，其证明难度并未显著降低，只是实践中又将其置换为“检索行为合法性”。证明对象的不断流变，使得当事人各自聚焦于不同的待证事实，自然无法形成有效的争点并进行证据对抗。

## （二）证据稀缺背景下的事实真伪不明

虽说行政机关“可以依职权进行调查、检查和各种处理，在行政过程中居于主动和优势地位”，其行政行为建立在可靠的证据之上，严格遵循“先取证、后决定”的行为准则，<sup>〔20〕</sup>但一刀切地将行政机关的职权属性与其举证能力对应起来，在传统诉讼中可能适用，针对新类型案件则难免存在误判。在信息不存在诉讼中，面对海量的政府信息，信息公开机关对申请人申请的特定信息也并不一定熟知。<sup>〔21〕</sup>更何况，部分申请人申请公开的信息年代久远，可获得性本

〔13〕 参见曹康泰主编：《中华人民共和国政府信息公开条例读本》，人民出版社 2007 年版，第 110 页。

〔14〕 参见河南省郑州市中级人民法院（2015）郑行初字第 668 号行政判决书。

〔15〕 参见王嘉贤：《“政府信息不存在”的认定与审查》，载《行政法学研究》2021 年第 3 期，第 150 页。

〔16〕 参见最高人民法院（2017）最高法行申 9246 号行政裁定书。

〔17〕 参见张亮：《论政府信息推定不存在的限制与修正》，载《环球法律评论》2020 年第 4 期，第 134 页。

〔18〕 参见姜世明：《举证责任与证明度》，厦门大学出版社 2017 年版，第 10 页。

〔19〕 参见周勇：《“政府信息不存在”案件中证明困境的解决路径探析》，载《行政法学研究》2010 年第 3 期，第 59 页。

〔20〕 参见何海波：《行政诉讼法》（第 3 版），法律出版社 2022 年版，第 448-449 页。

〔21〕 参见周汉华等：《〈政府信息公开条例〉述评》，载吴敬琏、江平主编：《洪范评论》（第 8 辑），中国法制出版社 2007 年版，第 212 页。



就不高。<sup>〔22〕</sup>因此，信息公开机关一般是通过程式化的检索来确认信息的客观存在性，慎重起见也会向相关单位或部门发送协助查询函。<sup>〔23〕</sup>而检索记录（主要呈现为“数据库检索截图”或者“档案查询记录”等）、协助查询复函就成为证明检索行为合法性的主要证据。

作为申请者一方，对所申请信息的认知来源可能是某个行政决定或者规范性文件，甚至是对行政职责的生活化理解，能够提交的证据也多为间接的线索性证据。为了弥补申请人举证能力的不足，2011年《最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》（已失效）第5条第5款明确赋予其申请法院依职权调取证据的权利。但是，即便法官亲自深入一线调查取证，囿于专业知识和技术手段上对信息公开机关的严重依赖，可以想见实践效果也不会理想。如此看来，无论是信息申请人还是信息公开机关，掌握的有关信息客观存在性的证据都十分有限。易言之，信息不存在诉讼中的证据具有稀缺性，这种稀缺性使得双方当事人都不具备举证优势。故此，不同于证据偏在案件，信息不存在诉讼是双向而非单向证明困难，这种困难来自纠纷本身而非当事人的身份地位。

证据稀缺性无疑增大了政府信息不存在诉讼事实真伪不明的风险。虽然我国行政诉讼立法并未对证明标准进行明确规定，但借鉴大陆法系的基本共识，行政诉讼中对于行政行为合法性的证明应达到“真实确信”的标准，即法官对待证事实的真实性认知应达到确信的程 度，并使一般理性且富有生活经验的人不产生任何怀疑。<sup>〔24〕</sup>而对于授 益性行政行为中原告对要件事实的证明，需要适用民事诉讼的“高度盖然性”标准。<sup>〔25〕</sup>但是，在信息不存在诉讼本就十分稀缺的证据面前，原被告的举证行为似乎都很难促使法官对信息是否存在形成内心确信。

例如，在“王某某诉西安市人民政府信息公开案”中，一审法院判决被告信息公开机关败诉，理由是“西安市政府提供的证据只能证明曲江城改办进行了检索，不能证明其履行了全面的检索义务，亦不能排除原告申请公开的信息客观存在的可能性。”并且，“原告提供的相关证据不能证明相关政府信息系由被告制作、保存，其所申请公开的信息是否存在，还有待被告履行合理检索义务进行调查方能确定”<sup>〔26〕</sup>。简言之，一审证据调查的结论是，有信息存在“可能性”，而又无法“确定”。二审法院在完全认可一审事实认定的基础上，判定信息申请人败诉，理由是“王某某没有提交证据证明西安曲江管委会通过其他方式获取或保存了上述信息……该查询结果符合实际情况”<sup>〔27〕</sup>。二审既然认可一审认定的事实，则意味着无法排除信息存在的可能性，但又不能不顾及被告检索行为的合法性，所以出现了事实认定的两可状态，即事实真伪不明。

### （三）滥诉引发价值判断的游移不定

作为公法层面参与权和监督权的典型呈现，信息知情权被定位为公民基本权利，<sup>〔28〕</sup>我国

〔22〕 参见上海市第三中级人民法院（2020）沪03行终40号行政判决书。

〔23〕 参见北京市第四中级人民法院（北京铁路运输中级法院）（2020）京04行初115号行政判决书。

〔24〕 参见陈清秀：《行政诉讼法》，元照出版有限公司2022年版，第547-548页。

〔25〕 参见张保生主编：《证据法学》（第2版），中国政法大学出版社2014年版，第354页。

〔26〕 陕西省西安铁路运输中级法院（2020）陕71行初340号行政判决书。

〔27〕 陕西省高级人民法院（2020）陕行终752号行政判决书。

〔28〕 参见〔美〕斯蒂格利茨、宋华琳：《自由、知情权和公共话语——透明化在公共生活中的作用》，载《环球法律评论》2002年第3期，第263页。

《政府信息公开条例》专门规定了除主动公开外公民依申请获取政府信息的途径。但是，我国政府信息公开制度包含公共利益关注和个体私益保护双重逻辑，且后者有逐渐遮蔽前者的态势。<sup>〔29〕</sup>实践中，政府信息公开诉讼的基础纠纷集中于征地拆迁补偿领域，申请公开的信息涉及拆迁政策以及相关补偿工作的依据等，利益庞大且影响面广。<sup>〔30〕</sup>原告常常一次性申请公开一系列内容庞杂的政府信息，且申请的目的在于搜集证据以进一步维权。<sup>〔31〕</sup>在这个过程中，信息申请人存在机会主义心理，滥用申请权以及滥诉的现象逐渐凸显。面对这种局势，信息公开机关就会以“信息不存在”作为不予公开的隐晦处理方式，无形中引发知情权保障的反噬效果。

为充分保障民众的信息知情权，曾饱受争议的信息公开申请“三需要”限制在 2019 年《条例》修订时被删除。这意味着，政府信息公开申请人只需要完成形式合法的申请行为即可，不存在实质资格条件的限制。连锁反应是，信息公开诉讼的原告适格范围不断扩张，<sup>〔32〕</sup>异化的信息公开诉讼实践对正常司法生态造成巨大冲击。以陆某霞案为典型，学界曾对信息公开滥诉行为进行过广泛的探讨。<sup>〔33〕</sup>在“刘某某诉郑州市人民政府信息公开案”中，最高人民法院更是重申了信息公开与信访之间的区别。<sup>〔34〕</sup>也因此，2019 年《条例》增加第 42 条，试图通过收取信息处理费的经济调控手段，对实践中较为突出的权利滥用问题进行引导和规制。

可见，政府信息不存在诉讼所彰显的公民信息知情权保障，与正常司法秩序之间的价值冲突日益明显。如果说此前，信息不存在诉讼由被告承担证明责任还理所应当，在滥诉背景下，适当向原告方配置一定的证明负担也具有某种正当性。因为存在相互冲突的价值因素，证明责任配置便成为利益平衡的工具。

### 三、政府信息不存在诉讼的客观证明责任

现代证明责任理论认为证明责任包含客观证明责任和主观证明责任双重内涵，且客观证明责任是证明责任的本质。<sup>〔35〕</sup>随着我国学界对行政诉讼证明活动认识的不断深化，传统一元化证明责任观念被动摇，客观证明责任理论逐渐被接受。<sup>〔36〕</sup>客观证明责任分配以罗森贝克的规范说为通说，特点是借助于实体法律规范的解析来探求证明责任的分配规则。<sup>〔37〕</sup>

〔29〕 参见秦小建：《政府信息公开的宪法逻辑》，载《中国法学》2016 年第 3 期，第 32-35 页。

〔30〕 参见郑涛：《信息公开缠讼现象的政法逻辑》，载《法制与社会发展》2017 年第 5 期，第 27 页。

〔31〕 参见湖南省湘潭市中级人民法院（2020）湘 03 行初 60 号行政判决书。

〔32〕 参见郑涛：《政府信息公开申请人之原告适格辨析——兼评“陆红霞案”》，载《北京社会科学》2020 年第 3 期，第 118-120 页。

〔33〕 参见肖卫兵：《论政府信息公开申请权滥用行为规制》，载《当代法学》2015 年第 5 期，第 14-22 页；梁艺：《“滥诉”之辩：信息公开的制度异化及其矫正》，载《华东政法大学学报》2016 年第 1 期，第 177-191 页；沈岩：《信息公开申请和诉讼滥用的司法应对——评“陆红霞诉南通市发改委案”》，载《法制与社会发展》2016 年第 5 期，第 21-33 页。

〔34〕 参见最高人民法院（2018）最高法行申 3687 号行政裁定书。

〔35〕 参见〔德〕汉斯·普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社 2006 年版，第 10-12 页。

〔36〕 参见江必新、徐庭祥：《行政诉讼客观证明责任分配的基本规则》，载《中外法学》2019 年第 4 期，第 911-931 页。

〔37〕 有关证明责任分配规范说的具体论述，参见〔德〕莱奥·罗森贝克：《证明责任论》（第 5 版），庄敬华译，中国法制出版社 2018 年版，第 121-130 页。

### （一）请求权基础

根据证明责任规范说，证明责任问题本质上是法律适用问题，具体指向请求权基础规范或抗辩规范。<sup>〔38〕</sup>在行政诉讼中，请求权分析方法同样有其适用空间。<sup>〔39〕</sup>研究政府信息不存在诉讼中客观证明责任的分配问题，必须首先明确申请人获取政府信息的权利基础和构成要件。根据2019年《条例》第1条“为了保障公民、法人和其他组织依法获取政府信息……制定本条例”的规定，可看出我国政府信息公开制度的主要目的，是为了满足公众的政府信息知情权。我国政府信息公开方式包括主动公开和依申请公开，其中，后者所依赖的信息公开请求权，是知情权体系下的重要权能，在其主导下民众具有向国家机关寻求获取政府信息而不受公权力妨碍与干涉的权利。<sup>〔40〕</sup>信息请求权体现在2019年《条例》第27条之中，即主动公开以外的政府信息，公民、法人或者其他组织都可以申请公开。

当然，实体法上的请求权规范应包含一定的构成要件，只有在满足该要件的前提下，请求权人才能够令义务人为履行行为（包括作为和不作为）。<sup>〔41〕</sup>而根据2019年《条例》第29条的规定，申请政府信息公开必须提交相应的申请书，即信息公开请求权成立的要件之一，是向信息公开机关提出信息公开申请。此外，根据该条的要求，申请书必须有“申请公开的政府信息的名称、文号或者便于行政机关查询的其他特征性描述”等信息。并且，2019年《条例》第30条还有对所申请信息内容明确性的要求。<sup>〔42〕</sup>这意味着信息的客观存在性是信息公开请求权成立的另一个要件。<sup>〔43〕</sup>归结起来，信息公开请求权成立的要件包括：（1）依法提出申请；（2）所申请信息客观存在。

### （二）证明对象

上述要件（1）相对容易证明，实践中常见的证据材料是原告方提交信息申请时的快递凭证，对此被告方一般也会予以认可，故其并不会成为争议的焦点。相对来讲，要件（2）是证明的核心和难点。对于要件（2）所申请信息的客观存在性问题，诉讼中当事人双方会有各自不同的主张。因此，政府信息不存在诉讼客观证明责任的探讨必须从当事人双方的事实主张出发，进一步明确案件争点，聚焦证明对象。

正如第101号指导案例所示，原告方的诉讼请求一般表述为：不服信息公开告知书，要求撤销原《政府信息告知书》，并要求信息公开机关公开所申请信息。为支撑其诉讼请求，原告的事实主张当然性地包含两项内容：其一，所申请信息客观存在；其二，被告检索行为不合法，因此

〔38〕 参见胡学军：《证明责任制度本质重述》，载《法学研究》2020年第5期，第149页。

〔39〕 参见周刚志、杜阳：《论行政裁判中的请求权方法》，载《政治与法律》2021年第2期，第83-91页。

〔40〕 参见刘飞宇：《论知情权的请求权能》，载《国家行政学院学报》2004年第6期，第83页。

〔41〕 参见王锴：《行政法上请求权的体系及功能研究》，载《现代法学》2012年第5期，第91页。

〔42〕 有学者认为，如果经过申请人补正后申请内容仍不明确，信息公开机关可以不再处理该信息公开申请。参见后向东：《中华人民共和国政府信息公开条例（2019）理解与适用》，中国法制出版社2019年版，第65页。

〔43〕 对于客观存在性这一前提要件的要求，无论是相关规范性文件还是司法实践中都有所体现。例如，2019年《条例》第38条和2015年《国务院办公厅关于做好政府信息依申请公开工作的意见》第2条第3款，都明确规定申请的政府信息必须是现有的，不需要行政机关汇总、加工或重新制作。此外，在“田某某诉亳州市人民政府政府信息公开案”中，法院也认为“行政机关提供政府信息的前提是政府信息确实存在……行政机关不承担为申请人汇总、加工或者重新制作政府信息，以及向其他行政机关搜集信息的义务。”安徽省高级人民法院（2018）皖行终1024号行政判决书。

答复行为也不合法。被告方的信息公开答复以及答辩意见一般表述为：经检索原告申请的信息不存在。与原告的主张相对应，被告的回应同样包含两层意思：其一，已针对原告的申请进行了合法妥当的检索、查询；其二，因检索不到相关信息，故原告申请的信息不存在。总结起来，双方当事人争议的焦点就是：（1）被告信息检索行为是否合法；（2）所申请政府信息是否存在。<sup>〔44〕</sup>也就是说，在信息不存在诉讼中，双方当事人要集中围绕检索行为合法性（争点一）和信息客观存在性（争点二）进行举证证明。

争点一作为证明对象几乎没有疑问，但对于争点二，既有的理论和实践多倾向于避开对信息客观存在性的直接证明，转而通过检索行为合法性的证明，间接实现对信息客观存在性的证明。如前所述，部分学者将其解释为通过信息检索行为合法性来“推定”信息不存在，并以 2019 年《条例》第 36 条“经检索没有所申请公开信息的，告知申请人该政府信息不存在”的规定，作为论证其属于法律推定的佐证。<sup>〔45〕</sup>对于此种否定争点二作为证明对象的观点，笔者并不认同，原因是：

首先，从 2019 年《条例》中有关依申请公开的答复方式来看，第 36 条将“不予公开”“信息不存在”“不属于本机关公开”这几种情形并列规定，且“不予公开”“不属于本机关公开”两种情形皆要求信息公开机关“说明理由”。按照立法表述习惯，“信息不存在”这一情形应该也需要说明理由，但在第 4 项规定中却没有明确指出“说明理由”的要求。对此，合理的解释是，“经检索没有所申请公开（的）信息”就是“信息不存在”的“理由”。<sup>〔46〕</sup>而 2025 年《最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件适用法律若干问题的解释》第 5 条第 2 款第 6 项更是明确规定：“被告主张政府信息不存在的，应当就其已尽合理检索义务等事实举证或者作出合理说明。”因此，信息不存在答复并非用“检索行为合法性”替代了“信息客观存在性”，前者只是后者发生的原因事由，且非唯一事由。

其次，第 101 号指导案例的裁判要点中提到，“原告提交了该政府信息系由被告制作或者保存的相关线索等初步证据后”，被告不仅要“举证证明已尽到充分合理的查找、检索义务”，还要对原告的初步证据“提供相反证据”，这里的证明对象很明显包括原告主张的信息客观存在性事实，以及被告主张的检索行为合法性事实，且两者相互独立。这意味着，在“罗元昌案”二审法官的司法认知中，虽然证明责任主要在信息公开机关，<sup>〔47〕</sup>但信息不存在诉讼的待证事实不止一个。

### （三）客观证明责任的配置

厘定了信息不存在诉讼的双重证明对象，接着就要对不同的证明对象配置客观证明责任。不同于既有观点，笔者认为“信息客观存在性”这一待证事实的客观证明责任在申请人一方。

首先，既然信息客观存在性是信息公开申请权成立的要件之一，那么，主张方当然要对其承

〔44〕 参见郑涛：《政府信息不存在诉讼之证明责任分配探析》，载《清华法学》2016 年第 6 期，第 142 页。

〔45〕 参见王嘉贤：《“政府信息不存在”的认定与审查》，载《行政法学研究》2021 年第 3 期，第 150 页。

〔46〕 无论是《政府信息公开条例》修订前还是修订后，都有裁判指出，信息公开机关在告知申请人信息不存在的同时，应说明理由。参见湖南省长沙市中级人民法院（2017）湘 01 行终 118 号行政判决书；北京市房山区人民法院（2020）京 0111 行初 39 号行政判决书。

〔47〕 该案二审法官曾专门撰文，就指导案例的选编过程、裁判要点、参照适用等有关情况予以解释和说明。参见游中川、王宏、石磊：《〈罗元昌诉重庆市彭水苗族土家族自治县地方海事处政府信息公开案〉的理解与参照——行政机关应对政府信息不存在承担举证责任》，载《人民司法·案例》2021 年第 17 期，第 86-89 页。



担客观证明责任。毕竟，主张行政机关为积极处分行为的当事人，应承担要件事实的立证责任。<sup>〔48〕</sup> 信息给付属于积极处分行为，申请人需要承担相应的立证责任，基于立证阶段客观证明责任与抽象证据提出责任（即主观抽象证明责任）的一致性，<sup>〔49〕</sup> 在信息不存在诉讼中，面对被告的不作为，信息申请人是“职权形成规范”的主张者，<sup>〔50〕</sup> 当然需要对该要件事实承担客观证明责任。

其次，无论是 2008 年《条例》中“三需要”的设置，还是司法实践中基础纠纷的个体利益聚焦，都表明我国政府信息公开制度是以“主观公权利”为基础建构的请求权体系。<sup>〔51〕</sup> 也就是说，“中国政府信息公开制度中的公民知情权具有复合属性，其囊括作为公益的一般知情权和作为私益的特殊知情权两种形态”<sup>〔52〕</sup>。既然如此，依照主观公权利的救济模式，“谁主张谁举证”——主张权利者应对其主张的合法性承担客观证明责任，应是举证责任分配的基本规则。<sup>〔53〕</sup> 简言之，信息申请人主张政府信息知情权，作为进攻者角色其必须以信息的客观存在为前提，这同样是其主张成立的前提要件。

再次，必须承认，虽然证明责任分配原则上依据实体法规范，但并不绝对排除价值考量，尤其是“在决定规范理论的原则和例外时”<sup>〔54〕</sup>。如前所述，在政府信息公开制度实施过程中，滥用信息公开申请权与纠缠诉讼的现象时有发生，已经严重影响正常的政府信息公开秩序。但是，近年来有关滥诉的界定和原告适格的探讨并未形成理论共识，很难发挥应有的指导作用。相较而言，通过证明责任的科学配置实现政府信息公开制度的价值重塑和功能修复，或许是更易达成共识且更具可操作性的问题解决思路。正如实践中，有法院已经尝试通过降低证明标准、运用法律推定等方式减轻信息公开机关的举证负担，以达到实质上将举证负担向申请人转移的目的。在这个意义上，为防止滥用申请权和滥诉的蔓延，强化申请人一方的审慎义务，将信息客观存在性的客观证明责任配置给申请人有其必要性和正当性。

紧接着，关于“检索行为合法性”客观证明责任的配置，有必要先对“经检索没有所申请公开（的）信息”这一答复方式进行证据法上的定性。如前所述，“经检索没有所申请公开（的）信息”是信息不存在答复的主要依据，或谓信息不存在答复合法性的关键性事实理由。并且，根据 2021 年《关于审理政府信息公开行政复议案件若干问题的指导意见》第 9 条的规定，对于被申请人答复政府信息无法提供的，行政复议机关应当重点审查的事项包括“是否属于被申请人不掌握申请公开的政府信息的情形”。这表明，信息公开机关的检索行为不仅是内部明确信息掌握情况的手段，也是对外实施具体行政行为的前提。在这个意义上，检索不到相关信息是依申请公

〔48〕 参见〔日〕盐野宏：《行政救济法》，杨建顺译，北京大学出版社 2008 年版，第 109 页。

〔49〕 立证是由承担客观证明责任的当事人展开的以证明要件事实成立为目标的证明活动，是主观证明责任动态配置的起点。参见郑金玉：《论主观证明责任的动态配置规则》，载《法学》2022 年第 8 期，第 136 页。

〔50〕 职权形成规范是指一项行政职权或行政法律关系之所以会发生的条件性规范。参见江必新、徐庭祥：《行政诉讼客观证明责任分配的基本规则》，载《中外法学》2019 年第 4 期，第 924 页。

〔51〕 参见蒋红珍：《面向“知情权”的主观权利客观化体系建构：解读政府信息公开条例修改》，载《行政法学研究》2019 年第 4 期，第 42 页。

〔52〕 郑涛：《政府信息公开申请人之原告适格辨析——兼评“陆红霞案”》，载《北京社会科学》2020 年第 3 期，第 124 页。

〔53〕 邓刚宏：《行政诉讼举证责任分配的逻辑及其制度构建》，载《政治与法律》2017 年第 3 期，第 135 页。

〔54〕 吴东都：《行政诉讼之举证责任：以德国法为中心》，学林文化事业有限公司 2001 年版，第 293 页。

开的妨碍性事由，也即以“经检索没有所申请公开（的）信息”为表征的检索行为合法性属于“职权妨碍规范”。<sup>〔55〕</sup>因此，在信息不存在诉讼中，作为一种相对规范，检索行为合法性这一抗辩事由的客观证明责任应配置给信息公开机关。

根据以上分析，“罗元昌案”信息客观存在性的客观证明责任应在罗元昌一方，检索行为合法性的客观证明责任应在彭水县地方海事处一方。但是，该案二审法官却认为，“被告承担主要的举证责任，同时原告承担补充证明责任”<sup>〔56〕</sup>。可见，第 101 号指导案例的客观证明责任分配，仍是以当事人的主体身份而非证明对象客体为标准，并未打破传统的思维惯性。而这一错误的分配方式，也直接引发后续主观证明责任分配中的逻辑张力。具体表现为，按照二审法官的概括性分配逻辑，信息客观存在性和检索行为合法性的客观证明责任都由信息公开机关担负，那么，有关信息客观存在性的本证方就是信息公开机关。然而，第 101 号指导案例却要求先由申请人提交信息客观存在的“初步证据”，然后才由信息公开机关提交“相反证据”，这明显违背本证、反证提出的顺序规则。<sup>〔57〕</sup>

#### （四）客观证明责任的反思

客观证明责任是待证事实真伪不明时的风险分担机制，为避免证据调查结束时真伪不明的后果出现，责任承担方必然积极举证以推动案件事实的查明。但是，在整个证据调查过程中，要想根据具体场景引导当事人的举证行为，推动案件真实的发现，仅靠客观证明责任是不够的。毕竟，“客观证明责任与具体的诉讼证明活动无关”<sup>〔58〕</sup>。并且，由于客观证明责任的实体法属性，以及与之相伴随的固定性和单一性，其灵活性必然不足。如果完全不考虑具体个案中双方当事人举证能力的差异性，并附以规则化的方式对证据调查过程进行调试，可能导致实质的不公正。

在信息不存在诉讼中，单向度的证明负担配置与证据稀缺性发生结构耦合，结果是非证明责任负担方缺乏举证的动力与积极性，加上证明对象的交叉重叠，导致诉讼过程中既无法形成有效的争点，更难以形成证据对抗，极易陷入事实真伪不明的状态。当然，证明活动中法官会通过各种技术手段规避事实真伪不明的出现，<sup>〔59〕</sup>将事实真伪不明的心证结论替换为证明不能的败诉负担，实质上会造成事实真伪不明的隐性化。正如“罗元昌案”一审中，法官将证明责任配置给原告罗元昌，被告彭水县地方海事处除“自述”外几乎没有提交任何有效的证据。在原告方提交的间接证据虽未使法官形成内心确信，但可能出现事实真伪不明的情况下，法官却抛开事实的认定直接判定原告方败诉。可见，在缺乏事实发掘有效手段的前提下，证明责任裁判可能成为法官回应政策导向、掩盖心证状态的策略手段。“罗元昌案”二审法官已经发现这一问题，从而转向类似主观证明责任的证据对抗路径。

〔55〕 职权妨碍规范是指，阻止权利形成规范的效力产生，使其从根本上不能发挥效力的规范。参见江必新、徐庭祥：《行政诉讼客观证明责任分配的基本规则》，载《中外法学》2019 年第 4 期，第 924 页。

〔56〕 游中川、王宏、石磊：《〈罗元昌诉重庆市彭水苗族土家族自治县地方海事处政府信息公开案〉的理解与参照——行政机关应对政府信息不存在承担举证责任》，载《人民司法·案例》2021 年第 17 期，第 88 页。

〔57〕 只有当负有证明责任的一方当事人提出本证，法官即将或已经形成不利于对方当事人的临时心证时，对方当事人才有提出反证的必要。参见占善刚、刘显鹏：《证据法论》（第 3 版），武汉大学出版社 2015 年版，第 68 页。

〔58〕 胡学军：《论消费欺诈诉讼案件证明难题的化解路径》，载《证据科学》2010 年第 4 期，第 461 页。

〔59〕 参见霍海红：《主观证明责任逻辑的中国解释》，载《北大法律评论》第 11 卷第 2 辑，北京大学出版社 2010 年版，第 531—532 页；曹志勋：《“真伪不明”在我国民事证明制度中确实存在么？》，载《法学家》2013 年第 2 期，第 101 页。

#### 四、政府信息不存在诉讼的主观证明责任

主观证明责任是当事人通过具体举证活动对争议事实进行证明的一种责任，也称行为意义上的证明责任。在职权探知主义诉讼模式下，因为法官主导证据调查过程，事实认定不受当事人举证行为的约束，所以不存在主观证明责任的适用问题。<sup>〔60〕</sup>我国行政诉讼司法模式向来存在争议，但从近年来《行政诉讼法》修订的趋势看，处分权原则和辩论原则等理念得以不断贯彻，当事人主义模式的司法元素不断渗入其中。<sup>〔61〕</sup>所以，在此背景下，信息公开诉讼的主观证明责任探讨有其必要性。

主观证明责任聚焦于证据调查过程中当事人证据提出责任的分担，包含主观抽象证明责任和主观具体证明责任两个方面。主观抽象证明责任的配置与客观证明责任具有一致性，承担客观证明责任的一方当事人对要件事实承担立证责任并首先举证，而具体举证行为就是主观具体证明责任。当主张方完成要件事实的本证任务之后，相对方提出反证证据就有了必要性，此时的反证也是主观具体证明责任的体现。除特别说明，本文“主观证明责任”的表述一般指代“主观具体证明责任”。政府信息公开属于授益性行政行为，以信息请求权的存在为基础，信息客观存在是后续行政行为的前提，因此，在证据调查过程中，也应首先对信息客观存在性进行举证证明。鉴于原理、过程的共通性，接下来仅以信息客观存在性的证明过程为例进行分析和展示。

##### （一）当事人主张的具体化

主张是事实资料形成的前提，为了符合辩论主义的基本要求，保障相对方的防御利益，当事人的主张必须具体化。主张的具体化程度应达到“一贯性”标准，即权利主张是建立在具体的事实基础之上，且该事实基础足以支撑该权利主张。<sup>〔62〕</sup>因为，只有一方主体的事实主张内容具体、明确，相对方当事人才能进行有针对性的反驳，法官也才能进行有针对性的证据调查。<sup>〔63〕</sup>信息不存在诉讼中，如果申请人主张的信息诉求指向不明确，又不能对所欲获取信息与信息公开机关之间的客观联系作出令人信服的说明，就可以认为申请人的主张不具有“一贯性”。此时，法官可以直接判决驳回申请人的诉讼请求。因此，主张的具体化义务某种意义上亦可以发挥规制滥诉，以及避免无意义证据调查的作用。当然，面对“信息不存在”这一否定性答复方式，主张的具体化也是推进证明对象明晰化的重要路径。

根据2019年《条例》第29条第2款第2项的规定，信息公开申请书需要列明“申请公开的政府信息的名称、文号或者便于行政机关查询的其他特征性描述”，这不仅是对信息公开申请书的格式要求，更是对申请人就所申请信息进行具体化陈述的要求。在信息公开申请答复环节，申请信息的特征性描述是信息公开机关进行检索和回应的方向指引；在信息公开诉讼阶段，信息描

〔60〕 参见〔德〕莱奥·罗森贝格：《证明责任论》（第5版），庄敬华译，中国法制出版社2018年版，第29-30页。

〔61〕 参见杨利敏：《处分权原则和辩论原则在我国行政诉讼中的适用性》，载《国家检察官学院学报》2009年第6期，第134-142页。

〔62〕 参见姜世明：《举证责任与真实义务》，厦门大学出版社2017年版，第181-183页。

〔63〕 参见吴泽勇：《民法规范的证明责任》，中国民主法制出版社2025年版，第67页。

述也只有在主张具体化的前提下,才能真正形成后续证明活动的主题和对象。但必须明确的是,由于申请人对政府信息缺乏专业认知能力,对其主张的具体化程度不能要求过高。

根据申请人主张和具体化陈述程度的不同,信息公开机关应有针对性地进行回应。信息公开机关对申请人的主张可予以否认或者抗辩,且这种否认或抗辩同样需要具体化。比如,如果信息公开机关进行否认,不能是单纯的否认,而应是附理由的否认。不过,作为防御一方,被告附理由否认的具体化程度,只需要使法官对原告的主张和陈述产生怀疑即可,其目的是形成争点,为下一步的举证行为锁定证明对象。

## (二) 信息申请人的立证证明

作为信息客观存在性客观证明责任的承担方,申请人需要首先就信息客观存在性进行主张和举证证明,以开启整个证明活动过程。在信息不存在诉讼中,为证明信息的客观存在性,申请人往往将“法律或政策规定”<sup>〔64〕</sup>“关联性政府文件”<sup>〔65〕</sup>“其他信息公开答复”<sup>〔66〕</sup>等作为支撑其主张的事实依据和证据材料。无疑,这些证据多属于间接性证据,并不能直接证明要件事实,所以需要运用逻辑推理作为事实认定的桥梁。申请人提交的此类间接证据与待证事实之间的联结,在于行政机关依法行政的基本原则,故必须借助于行政经验法则才能形成一定的内心确信。例如,根据行政行为的规范性和公信力要求,政府规范性文件中提到的关联信息应为客观存在。当然,由于不同政府信息的形成和保存要求不同,不同情形下经由经验法则所形成的内心确信程度就有所差异。<sup>〔67〕</sup>间接证据需要与其他证据相互印证才能认定案件事实,所以申请人的立证证明应该以证据材料的丰富性为基本追求。当然,根据此类经验法则所作出的推理具有一定的盖然性,属于临时心证,可以被另一方当事人通过反证予以推翻。

在信息客观存在性的举证明活动中,申请人的举证行为属于本证,原则上要达到“高度盖然性”的证明标准。但是,司法实践中申请人提交的证据一般很难达到该要求。因此,基于信息不存在诉讼证据稀缺性的客观现实,如果原告提交的证据已经表明信息有“较大可能性”存在,即可认定其已经完成初步的举证任务。此时,原告对信息客观存在性已经进行了初步的证明,只是法官的心证程度并未达到“高度盖然性”的内心确信。需要注意的是,这里的“较大可能性”并不是信息客观存在性的最终证明标准,因为最终的证明标准仍是“高度盖然性”。

第101号指导案例中,信息客观存在性的客观证明责任在原告方,其应首先举证证明这一要件事实。对此,本案申请人提交了《乌江彭水水电站断航碍航问题调查评估报告》等证据材料。这些证据虽不能使法官形成信息客观存在的内心确信,但足以形成“较大可能性”的临时心证,这意味着在现有条件下原告已经完成立证阶段的举证任务。当然,二审法官对信息客观存在性临时心证的形成,不仅基于原告提交的初步证据,还包括对海事管理机构信息公开职责的界定。因此,在信息不存在诉讼中,申请人可以提出的证据范围不仅包括关联性政府文件、信息文号线索

〔64〕 参见河南省焦作市中级人民法院(2021)豫08行终141号行政判决书。

〔65〕 参见陕西省西安铁路运输中级法院(2021)陕71行终127号行政判决书。

〔66〕 参见北京市第三中级人民法院(2021)京03行终323号行政判决书。

〔67〕 在“文某1、文某2等诉重庆市长寿区人民政府信息公开案”中,原告主张渝长高速扩能改造项目(长寿段)安置人员计算表(渡舟街道)存在,渝长高速扩能改造项目(长寿段)补征地批复及附具的农转非统计表信息就必然存在。但法院认为,该“推定”无事实依据,并不成立。参见重庆市高级人民法院(2020)渝行终892号行政判决书。



等，还包括行政职责规范等补强证据。

### （三）主观证明责任的转移

不同于客观证明责任自始配置于一方当事人，主观证明责任在诉讼过程中可以发生转移。<sup>〔68〕</sup> 诉讼证明的理想目标是原被告双方尽其所能提交证据，法官在充足信息获知的基础上作出对案件事实的司法认定。因此，随着证明活动的不断推进，基于本证方证据提供的充足程度、期待可能性，以及法官心证程度的变化，为了进一步查明案件事实，主观证明责任可以由本证方转向对方当事人。

信息不存在诉讼中，当原告就信息客观存在性提出初步证据，使得法官形成临时心证之后，被告信息公开机关就有了积极回应以及举证的必要性。一方面，从期待可能性角度看，原告提交的证明信息客观存在的证据对待证事实而言已经具有一定的证明力，这种“较大可能性”证明度虽然未达到“高度盖然性”的证明标准，但法官的心证已经有利于原告；更重要的是，原告已经穷尽了举证的途径和手段，缺乏进一步提供证据的可能性。此时，无论从证据距离还是举证能力看，信息公开机关都有了进行反驳证明的期待可能性，如果不通过转移主观证明责任降低本证方的举证负担，案件的证明活动将陷入僵局。

另一方面，从证明必要性角度看，虽然信息不存在诉讼具有证据稀缺性的特点，双方当事人都面临举证困境，但随着证据调查进程的推进，信息公开机关在证据获取方面的资源优势将逐渐得以显现。对于信息公开机关而言，面对申请人具体化的主张和初步的证据，其有能力提出相应的主张和证据进行回应和反驳，从而排除这种“较大可能性”。如果信息公开机关无视原告提出的证据和法官的临时心证，在相对容易的情况下不进行反驳和举证证明，将会使证明度较低的事实也无法被排除掉。这种不作为将反面印证信息存在的可能性，使得本来较低证明度的事实的可信度自动提升，待证事实获得证实。<sup>〔69〕</sup> 因此，对信息客观存在性的证明，当负客观证明责任一方当事人无法对其主张的事实进一步举证时，不负客观证明责任的一方当事人有在可期待范围内进行反证的义务。

在第 101 号指导案例中，原告提交“初步证据”这一证据调查思路，基本符合主观证明责任转移的运作逻辑。当法官基于原告提交的线索性证据，对信息客观存在性形成临时心证时，被告方彭水县地方海事处已经有了反驳证明的必要性。但是，本案中被告并未进行有针对性的否认或者抗辩，更未提出进一步的证据材料。在有举证必要性和可期待性的前提下，被告急于举证的行为反过来将促使法官的临时心证上升为“高度盖然性”的心证状态，进而可以直接判定信息客观存在性这一待证事实被证实。

### （四）信息公开机关的反驳证明

要动摇法官“较大可能性”的内心确信，信息公开机关可以对申请人提出的信息客观存在性的证据事实进行否认或者抗辩。其中，否认又分为直接否认和间接否认两种方式。并且，信息公开机关的反证只须动摇法官关于信息客观存在的内心确信即可。<sup>〔70〕</sup>

〔68〕 参见〔德〕汉斯·普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社 2006 年版，第 19-20 页。

〔69〕 当法官对事实的存在与否达到某种程度的心证时，如果存在不提出反证的情形，那么法院就可以根据这一情况使原来的心证上升到证明度之高度。参见〔日〕高桥宏志：《民事诉讼法：制度与理论的深层分析》，林剑锋译，法律出版社 2003 年版，第 465 页。

〔70〕 本证必须使法院确信其所主张的待证事实为真实，而反证只要使法官对待证事实存在的确信发生动摇即可。参见占善刚、刘显鹏：《证据法学》（第 3 版），武汉大学出版社 2015 年版，第 69 页。

首先,直接否认。这种否认方式是直接攻击原告主张的要件事实,实践中表现为对信息客观存在性的证明过程进行攻击,以动摇法官的临时心证。具体来讲,如果原告提出关联性政府文件来证明信息客观存在性,信息公开机关可以通过举证质疑本证证据与待证事实的关联性,抑或质疑本证逻辑推理的严谨性,实现对信息客观存在性的否定。<sup>〔71〕</sup>针对信息公开机关的有效反证,信息申请人必须再次通过举证来拉升法官对信息存在的确信程度。再次举证可以是针对本证的强化,也可以是针对反证的反驳。

其次,间接否认。面对法官已经形成的临时心证,被告可以不直接反驳原告主张并证明的要件事实,而是通过证成新的与要件事实不兼容的事实,实现对要件事实的间接否认。信息不存在诉讼中,对原告信息客观存在的主张,被告可以提交与本证证据相矛盾的规范性文件或其他证据,证明所申请信息不会产生,<sup>〔72〕</sup>或者本机关不可能保存。<sup>〔73〕</sup>此时,因被告举证证明的事实与原告主张的事实不可能同时成立,法官的心证就会被动摇。同样,面对信息公开机关的积极否认,申请人可以抛开被告的反证继续强化对本证的证明,也可针对被告的反证进行反驳。

再次,抗辩。抗辩的前提是承认原告方主张的原因事实,同时,提出反对性规范来消解原告意欲达到的法律效果。<sup>〔74〕</sup>不同于否认是对要件事实的直接或者间接攻击,抗辩针对的是原告的诉讼请求,目的是通过抗辩事实的援引来阻却原告的诉讼请求。在信息不存在诉讼中,针对原告信息客观存在的主张,信息公开机关可以一方面承认相关信息属于本机关公开的职责范围,理论上应该存在,另一方面主张由于客观原因导致相关信息未制作、保存或已经灭失,当下确实不存在。<sup>〔75〕</sup>此时,由于被告对前提事实的自认,使得信息客观存在性的要件事实已经不需要举证证明,<sup>〔76〕</sup>待证事实则转化为对信息不存在原因事实的证明。并且,信息不存在原因事实是被告主张的抗辩事实,其客观证明责任在被告一方。对此,原被告双方应围绕信息不存在的原因事实展开新一轮的证据对抗。

遵从以上思路,在“罗元昌案”中,被告方如欲驳斥原告方关于信息客观存在性的本证证明,可以从三方面着手:第一,可以对原告所举证据的证明力进行质疑,否认证据材料与待证事实之间的关联性。例如,彭水县地方海事处可以提交证据证明,申请人提交的证据材料与“海事调查报告”的客观存在性之间并无必然联系。第二,可以通过积极否认的方式,举证证明与原告主张事实不能兼容的事实,来反驳原告的主张。例如,彭水县地方海事处可以举证证明其法定职责产生变动,不承担相关信息的制作或保存义务,或者证明相应事故仍在处理中,并未形成最终的“海事调查报告”等。第三,可以通过抗辩的方式,在承认所申请信息应当存在的基础上,证

〔71〕 例如,在“沈阳增力干燥设备有限公司诉沈阳市规划和国土资源局浑南分局政府信息公开案”中,原告提交《城镇国有土地确权批复》(沈东土权清字〔1996〕白塔13号)作为信息客观存在的证据,被告为回应这一初步证据,将全部卷宗(2532号卷宗)带到法庭出示并供原告查阅,证明白塔骨制品厂地籍档案中并无原告申请公开的信息。参见辽宁省沈阳市大东区人民法院(2016)辽0104行初213号行政判决书。

〔72〕 参见四川省高级人民法院(2018)川行终313号行政判决书。

〔73〕 参见北京市第四中级人民法院(北京铁路运输中级法院)(2017)京04行初1142号行政判决书。

〔74〕 参见袁琳:《证明责任视角下的抗辩与否认界别》,载《现代法学》2016年第6期,第186页。

〔75〕 参见北京市房山区人民法院(2020)京0111行初39号行政判决书。

〔76〕 抗辩是针对主张方请求原因事实的限制性自认,事实上免除了主张方对原因事实的举证责任。参见占善刚:《民事诉讼中的抗辩论析》,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2010年第3期,第41页。

明因客观原因导致信息灭失而无法查到。例如，彭水县地方海事处可以举证证明档案保管中遭遇意外事故导致文件损毁等。

## 五、证明评价与法院裁判

### （一）证明评价

“具体证明责任与证明评价是分不开的”<sup>〔77〕</sup>，法官通过证明评价形成对待证事实的内心确信状态。当法官对待证事实形成有利于一方当事人的心证，且在具备举证必要性的时候，主观证明责任将转移给对方当事人。第101号指导案例中，罗元昌尽其所能地提出信息存在的初步证据，法官通过证明评价形成临时心证，此时原告已缺乏继续举证的期待可能性，被告就有责任通过反证来动摇法官的内心确信。如果彭水县地方海事处提出相应的反驳性证据，法官需要再次进行证明评价，必要时主观证明责任将再次回转到原告方。

推动主观证明责任转移的动力机制是法官心证，而这一机制的显性化和客观化来自法官心证的公开。只有通过心证的公开，当事人才能够准确把握证明过程中双方的情势地位，为下一步证明活动做准备。正所谓，“当事人能够及时获知法院的临时心证，那么为赢取胜诉裁判，当事人势必会调整、修改其主张或反驳对方主张，进一步补充证据或提出反证”<sup>〔78〕</sup>。所以，在主观证明责任的动态配置过程中，法官心证公开不仅是审判公开原则的体现，更发挥着诉讼指引的功能。我国《行政诉讼法》第39条规定“人民法院有权要求当事人提供或者补充证据”。此处的“要求”“补充证据”即法官心证公开和要求当事人进一步举证的程序规范。此外，根据《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》第44条第1款的规定，当法官形成临时心证并认为“有必要的”，“可以要求当事人本人或者行政机关执法人员到庭”，以进一步调查证据夯实心证。故此，将心证公开引入信息不存在诉讼证据调查流程有其理论和法律依据。

### （二）法院裁判

经历往复性举证、质证和法官多轮认证过程，当两造当事人都无法举出更多的证据时，意味着作出终局性证明评价的时机已经成熟。此时，法官只需要在证明对象均得以全面认定的情况下，适用法律或根据证明责任作出裁判即可。具体来讲：

其一，信息客观存在性的认定。在有关信息客观存在的立证环节，如果负有客观证明责任的申请人未提交有效证据使得法官形成临时心证，则意味着其未完成该阶段的具体举证任务，将承担该主张不被认可的不利风险。此时，法官可以直接认定信息不存在，并进入信息检索行为合法性的举证证明阶段。如果原告提交证据使法官形成临时心证，被告信息公开机关在有举证的必要性时急于提交证据，此时法官的心证状态将得以提升至“高度盖然性”的证明标准，从而认定原告主张的信息客观存在的事实为真。如果被告提交有效证据动摇了法官的临时心证，则双方进入新一轮的证据对抗，直到举证不能，法官则根据辩论过程的全部案件事实呈现情况，对信息存在的真实性进行判断。

〔77〕〔德〕汉斯·普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社2006年版，第13页。

〔78〕曹新华：《心证公开论》，法律出版社2019年版，第18页。

其二,检索行为合法性的认定。检索行为合法性的客观证明责任在信息公开机关,其具体举证过程与信息客观存在性遵循大致相同的逻辑。需要强调的是,在检索行为合法性的证明中,不同于信息客观存在性作为信息申请权成立要件的“高度盖然性”证明标准,信息公开机关对行政行为合法性的证明,应使法官达到“真实确信”的内心确信。如果信息公开机关怠于举证或相关证据无法使法官形成检索行为合法的内心确信,即可认定检索程序不合法。检索行为合法性的“立证—反驳”证明中,应主要围绕检索途径、检索手段、检索范围等展开证据调查。

将两项要件事实的认定结果综合起来,法官可以作出如下判定:(1)当信息客观存在性被证实,检索行为合法性被证伪的情况下,应判决信息公开机关对信息公开申请重新进行答复。但是,如果客观上答复不能或者答复已经没有意义,可确认被诉答复行为违法。(2)当信息客观存在性被证伪,检索行为合法性同样被证伪的情况下,应对检索程序的瑕疵予以指正,<sup>〔79〕</sup>并判决驳回申请人的诉讼请求。(3)当信息客观存在性被证伪,检索行为合法性被证实的情况下,应判决直接驳回申请人的诉讼请求。(4)当信息客观存在性被证实,检索行为合法性同样被证实的情况下,因检索行为合法意味着信息公开机关在本次信息公开中已经尽到了职责,又因为信息被证明客观存在,此时可判决信息公开机关重新进行答复。

其三,证明责任裁判。信息不存在诉讼中,信息客观存在性和检索行为合法性两项待证事实都可能真伪不明,此时法官不能适用法律做裁判,而必须根据证明责任规则进行裁判。<sup>〔80〕</sup>首先,如果信息客观存在性最终真伪不明,即意味着该要件事实的客观证明责任承担方——申请人,要承担该事实真伪不明的不利后果,因为该要件是信息请求权成立的基础性要件,所以这种不利后果即原告败诉。其次,如果信息客观存在性被证实,进入第二阶段检索行为合法性的证明,作为行政给付的违法阻却性事由,如果检索行为合法性真伪不明,则信息公开机关同样需要承担败诉的不利后果。

对客观证明责任而言,当待证事实真伪不明时,负证明责任一方主体承担相应的不利后果,一般表现为败诉风险。但是,对主观证明责任而言,当负证明责任的一方主体不能举出有效的证据时,法官该如何裁判?主观证明责任是一种行为责任,致力于促使当事人积极举证以还原案件真实,负担具体举证任务的主体与承担客观证明责任的主体并不总是一致。因此,主观证明责任的归责方式是一种举证不能的不利益,这种不利益意味着法院只能根据现有的证据对待证事实作出认定;在此基础上,再适用法律作出裁判。当然,不举证的后果很可能对己方不利,包括最终的事实真伪不明。所以,主观证明责任归责下的裁判仍应以现有证据据实裁判,也就是为当事人提交的证据所拘束。“而对于当事人竭尽全力举证,但事实仍真伪不明的情形,则不能课以当事人不利益。”<sup>〔81〕</sup>在这一点上,主观证明责任不同于客观证明责任。

在主观证明责任领域,省略事实认定环节而直接以败诉作为行为人举证行为的不利后果,在逻辑上是讲不通的。主观证明责任意义上的举证行为只关乎案件的事实认定,并不直接导出法律

〔79〕 这里的“瑕疵”指“狭义程序瑕疵”。参见梁君瑜:《行政程序瑕疵的三分法与司法审查》,载《法学家》2017年第3期,第52-53页。

〔80〕 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392-393页。

〔81〕 胡学军:《具体举证责任论》,法律出版社2014年版,第47页。



效果乃至判决结果。因此，“罗元昌案”一审和二审中，法院都应在现有证据调查的基础上对信息客观存在性和检索行为合法性进行认定，并以此为基础适用相关法律作出裁判。此时，某一方当事人遭受败诉的不利益，不是因为其怠于举证，而是因为其主张的事实被证伪。

## 六、结 语

信息公开诉讼作为一种特殊的诉讼类型，给我国行政诉讼司法实践带来新的机遇与挑战：一方面，公民的政府信息知情权保障被提升到新的高度；另一方面，信息公开诉讼所呈现的非典型诉讼样态，使得传统诉讼原理和程序规则都受到某种程度的考验。在证明责任配置方面，信息不存在诉讼促使学界不断反思我国传统行政诉讼证明责任规则体系的科学性和完备性。以实体法为依归的证明责任双重含义理论体系符合这种预期：一则，明确信息公开请求权的成立要件和客观证明责任配置方式，可以强化败诉风险负担的诉讼证明指引作用；二则，在申请人提交初步证据的前提下，通过具体举证责任转移，可以弥补申请人举证能力的不足。由此，融合客观证明责任的稳定性与主观证明责任的灵活性，信息不存在诉讼的动态证明过程才能被全景式勾勒出来。

---

**Abstract:** The guiding case No. 101 of the Supreme People's Court raised a issue of whether the applicant needs to bear the burden of proof in the litigation of non-existence of government information. The objective burden of proof for the litigation of the non-existence of government information should be allocated based on the objective-subjective burden of proof system. Among them, the right to request information disclosure is an essential fact and should be allocated to the applicant. And the legality of the search is a defense and should be allocated to the information disclosure agency. For the subjective burden of proof, the applicant should first provide a specific description of the facts they claim, then complete a preliminary proof of the existence of the information. The judge forms a temporary inner conviction based on the preliminary evidence presented by the plaintiff, and transfers the burden of proof to the information disclosure agency in accordance with the “proof/disproof” rule, in order to promote the excavation of the case facts. The transfer of subjective burden of proof should be based on the evaluation of proof, and the evaluation of proof should be conducted on the basis of overt inner conviction. The disproof of the information disclosure agency only needs to shake the judge's inner conviction. The main function of subjective burden of proof is to uncover the facts of the case, rather than directly forming a judgment.

**Key Words:** the non-existence of government information, the right to request information disclosure, subjective burden of proof, the guiding case No. 101 of the Supreme People's Court

---

(责任编辑：张泽宇)