

# 论推定的特征及其根本属性

王天林

**【提要】**对于推定的认识,中外学者向来众说纷纭,莫衷一是。在这些认识中,法律推定与事实推定杂陈,仅将法律推定与事实推定视为不同的两种类型,并没有将二者着意区分开来,这对于认识推定的特征及其根本属性有着不利影响。近年来,国内有学者对法律推定和事实推定的划分提出了质疑,认为仅有法律推定才能成立。从司法认知的角度,厘清推定与推理、推论和拟制等概念的关系,识别推定的特征及其根本属性,对于推定的司法适用具有重要意义。

**【关键词】**法律推定 事实推定 推定与推理

**〔中图分类号〕** DF052 **〔文献标识码〕** A **〔文章编号〕** 1000-2952 (2010) 05-0091-07

近年来,作为关涉实体法与程序法重要问题的“推定”引起了学界和实务界的研究兴趣,取得了丰硕的研究成果,但仍有一些问题未见详述,推定的特征及其根本属性就是其中之一。作为一种重要的事实认证方法,推定在民事和刑事司法实践中有着广泛的应用。因此,厘清推定与推理、推论和拟制等概念的关系,识别推定的外在特征及其根本属性,对于推定的司法适用有着重要意义。本文拟对这一问题进行初步思考,俟求方家教正。

## 一、推定的概念解说

推定是一个古老的概念,早在古罗马时期就有“一切主张在被证明前,推定其不存在”的证明规则。在《拿破仑法典》中则有“推定为法律或审判员依已知的事实推论未知的事实所得的结果”,并将推定分为事实推定与法律推定的规定。<sup>①</sup>然而,经过漫长的历史演变,直到今天,人们对推定的概念还没有一个统一的认

识,其还是属于只可意会不可言传的东西。如果将中外学者对推定的认识略加梳理,我们就会得出这一结论。

### 1. 外国学者对推定的认识

英美国家的学者对推定的认识可谓异彩纷呈。英国学者约翰·史密斯教授认为,“推定是事实认定者在某个或某组事实——称为A和B——已经证明的基础上必须或者可以推定另外一个事实C存在的规则。”<sup>②</sup>美国学者华尔兹教授认为,“推定是关于某事实存在与否的推断,而这推断又是根据其他基础或基本事实来完成的。”<sup>③</sup>而罗纳德·艾伦(Ronald Allen)教授则

① 参见《拿破仑法典》(法国民法典),李浩培等译,商务印书馆1979年版,第184页。

② Presumptions are rules whereby on proof of a certain fact or facts, say A and B, the trier of fact either must, or may, presume the existence a further, fact, C. John Smith, Criminal Evidence, Sweet & Maxwell Limited, 1995, p. 47.

③ [美] 乔恩·华尔兹:《刑事证据大全》(第2版),何家弘等译,中国人民公安大学出版社2004年版,第395页。

认为,“推定与推论之间往往难以区分,在一项推定的事实和导致该推定的事实之间几乎经常存在一些推论性的关系……在一些案件中,即使没有推定,理性的事实认定者仅仅根据事实A的证明就可以保证认定事实B。”因而主张“明确和直接地描述那些操作方法,以及从法律论文中废除推定这个术语。”<sup>①</sup>伊曼纽尔(Emanuel)教授则说:“一项推定是指在基础事实B和推定事实P之间的联系。当我们说事实P可以从事实B推定得来时,我们的意思是:一旦事实B得到确立,事实P也得到证实。”<sup>②</sup>摩根(Morgan)教授在谈及推定时说:“在司法判例及教科书论著中,关于推定、法律之推定、事实之推定、推定性之证据、决定性之推定,颇多混淆及杂乱之用语。”<sup>③</sup>以致于竟会发出这样的感叹,“每一个具有足够智能的研究者都知道在这个主题上的困难,这种困难已经到了这一程度——你会带着无望的感情接近这一题目,带着绝望的感觉离开它。”<sup>④</sup>无独有偶,在大陆法系国家,德国学者汉斯·普维庭也指出:“所谓推定概念及其内涵在法学界长期处于不确定状态。”<sup>⑤</sup>日本的证据法学理论将推定分为事实推定与法律推定,如田口守一教授就认为,“推定分为事实上的推定和法律上的推定。前者是根据经验法则从前提事实合理地推认推定事实。”<sup>⑥</sup>“是根据经验法则对事实进行的推断,与合理的事实认定是一个意思。”<sup>⑦</sup>

## 2. 我国学者对推定的认识

我国大陆学界一般将推定分为法律上的推定和事实上的推定。<sup>⑧</sup>台湾地区也有学者,如陈朴生教授,使用这样的分类。<sup>⑨</sup>其中较有代表性的观点,主要有以下数种:陈一云教授认为,“法律上的‘推定’一词,为假定、推断的意思……法律上的推定,是法律明确规定,当确认某一事实存在时,就应当据以假定另一事实的存在,而这种被推定的事实不用加以证明……推定即法律上的推定,它是指根据法律的规定,基于一定的事实,应当假定另一事实的存在。”<sup>⑩</sup>裴苍龄教授认为,“推定是指通过对基础事实与未知事实之间常态联系的肯定来认定事实的特殊方法。”“从本质上来讲,推定既不同于确认,也不同于法律上的拟制。推定只能建立在真实的、具有盖然效力证

据的基础之上。它只是一种不完全的间接证明,是一种选择。”<sup>⑪</sup>江伟教授认为,“所谓推定,乃指由法律规定或者由法院按照经验法则,从已知的前提事实推断未知的结果事实存在,并允许当事人举证推翻的一种证据法则。”<sup>⑫</sup>樊崇义教授认为,“推定是指基于事物之间的普遍的共生关系,或者说是常态的因果联系,由基础事实推出待证

① [美] 罗纳德·J·艾伦、理查德·B·库恩斯、埃莉诺·斯威夫特:《证据法:文本、问题和案例》,张保生等译,高等教育出版社2006年版,第852~853页。

② 伊曼纽尔认为“推定的准确含义是不确定的,当法庭和立法机关表述从基础事实到推定事实时,就推定事实P与基础事实B之间联系的强度而言,如果从最弱到最强进行划分,他们至少包含区别明显的四重含义。”这四重含义包括:1.“允许性推论”(permissible inference);2.“转移提供证据但不转移说服责任的推定”(shift production but not persuasion burden);3.“同时转移提供证据责任和说服责任”(shift both production and persuasion burdens);4.“结论性推定”(conclusion presumption)。[美] 史蒂文·L·伊曼纽尔:《证据法》,中信出版社2003年版,第543、556页。有人指出,第1种即为允许性推论,可见伊曼纽尔也认为其不是推定而是推论,而第4种结论性推定则是实体法规则,也不是推定,只有第2和3种是我们要讨论的推定。参见钟朝阳《美国证据法中的刑事推定》,龙宗智主编《刑事证明责任与推定》,中国检察出版社2009年版,第167页。

③ Edmund M. Morgan:《证据法之基本问题》,李学灯译,(台湾)世界书局1982年版,第57页。

④ Edmund M. Morgan, Presumptions, 12 Wash. L. Rev. 255 (1937), in Richard O. Lempert & Stephen H. Saltzburg, A Modern Approach to Evidence, 2d ed., 1982, p. 803.

⑤ [德] 汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2000年版,第74页。

⑥ [日] 田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪等译,法律出版社2000年版,第227页。

⑦ [日] 西原春夫主编《日本刑事法的形成与特色》,李海东等译,中国法律出版社、日本成文堂联合出版1997年版,第181页。

⑧ 法律上的推定是指立法者把稳定可靠的经验规则上升为法律,由司法者在司法活动中适用。事实上的推定是指在法律没有规定的情况下,司法者本于职务上的需要而根据一定的经验规则,在已知事实的基础上,认识待证事实的一种证明方法,是司法者认定事实的逻辑思维和推理过程。

⑨ 参见陈朴生《刑事证据法》(重订版),(台湾)三民书局1992年版,第171页。转引自何家弘《从自然推定到人造推定》,《法学研究》2008年第4期。

⑩ 陈一云主编《证据学》,中国人民大学出版社1991年版,第162~165页;2000年版,第178~181页。

⑪ 裴苍龄:《再论推定》,《法学研究》2006年第3期;裴苍龄:《论推定》,《政法论坛》1998年第4期。

⑫ 江伟主编《证据法学》,法律出版社1999年版,第124页。

事实（又称推定事实）的一种证明规则。”<sup>①</sup> 崔敏教授认为，“法律上的推定，实际上都是对于某些不确定状态的推断与假定，它并不是根据确凿的证据来加以认定的，而是根据情理和逻辑推断出来的。”<sup>②</sup> 卞建林教授认为，“所谓推定，是指依照法律规定或者由法院按照经验法则，从已知的基础事实推断未知的推定事实存在，并允许当事人提出反证予以推翻的一种证据法则。”<sup>③</sup> 何家弘教授认为，“推定是对未知案件事实或争议事实的认定，是以推理为桥梁对事实的间接认定，是关于事实认定的法律规定。”<sup>④</sup> 台湾地区学者将推定视为推想、假定或拟制，认为“推定者，法律对于不易知之事实而在事理上可以推想假定者或对于因格于客观情势无法探求真相之事实拟制其内容。”<sup>⑤</sup>

在这些观点中，可谓仁智各现，法律推定与事实推定杂陈，并没有将二者着意区分开来，这对于我们认识推定的特征及其根本属性自然有着不利的影响。近年来，国内有学者对法律推定和事实推定的划分提出了强烈质疑，如陈一云、何家弘、龙宗智教授等人。<sup>⑥</sup> 笔者赞赏这种“否定事实推定”的认识，因而在本文的论述中，将推定仅限于法律推定的范围。

## 二、推定与推理、推论和拟制的关系

在诉讼活动中，司法人员经常要综合运用推定与推理、推论和拟制等多种方法来认定案件事实，如果把这几种方法单从概念区别开来，并不能必然解决其相互之间在现实应用中的纠缠，其间还必须有一个明确的界限。这个界限，就是是否有法律的明确规定。对此，何家弘教授指出，“明确这一点是很有意义的，因为它回答了一个堪称‘推定概念混乱之源’的问题。”<sup>⑦</sup>

1. 推定与推理。推理指的是一种形式逻辑的推演活动，即根据几个已知命题推导出另一命题的思维形式。“推理是从已知的事实或判断出发，按照一定的逻辑规律和规则，推导出新的事实或判断。”<sup>⑧</sup> 司法实践活动中最常见的思维活动就是推理，无论民事诉讼、行政诉讼还是刑事诉讼，对案件事实的认定都离不开推理。

推定与推理的基本关系是：推定是一种证据规则，其运行也要以推理为逻辑思维基础。但单纯凭借推理无法认定案件事实，推理充其量为案件事实的发现提供了一种逻辑“可能性”。而推定则为其提供了一种法定认证方法，依据推定得出的事实结论如无相反证据推翻，可以最终定案。此为推定与推理之本质区别。

2. 推定与推论。推论是指通过已知的事实（间接证据）获得未知事实的推理结论。<sup>⑨</sup> 推论是推理的具体运用，但与推理不同的是，它不是“发现”，而是“论证”；而推定则又是以推论为桥梁的一种间接事实认定过程。“实则各种所谓推定的起源，最初均是基于人类经验所为之推论。其中一部分，经常为同样之推论者，即逐渐形成一种法则，最后成为法律上之推定。在司法判解中，亦有承认此为便利认定事实之法则，根基于经验，或公共之政策，建立此种法则即所以便利审判中寻求真实。”<sup>⑩</sup> 推论与推定的相似之处在于，两者都是以一定的前提事实作为推断的基础和依据。两者的根本区别在

① 樊崇义、冯举：《推定若干问题研究》，龙宗智主编《刑事证明责任与推定》，中国检察出版社2009年版，第4页。

② 崔敏主编《刑事证据学》，中国人民公安大学出版社2005年版，第329页。

③ 卞建林主编《证据法学》，中国政法大学出版社2000年版，第370~371页。

④ 吴丹红：《证据法的理论谜局——“刑事证明责任与推定”学术研讨会综述》，《证据科学》2009年第2期。

⑤ 陈玮直：《民事证据法研究》，（台湾）新生印刷厂1970年版，第25页。

⑥ 参见何家弘《从自然推定到人造推定》。龙宗智：《推定的界限及适用》，《法学研究》2008年第1期。

⑦ 何家弘：《论推定概念的界定标准》，《法学》2008年第10期。

⑧ 何家弘：《论司法证明中的推定》，《国家检察官学院学报》2001年第9卷第2期。

⑨ 推论也是以推理为基础的，先有推理，才有推论；推理是推论的前奏，推论是推理的延续；推理是推论的实质内容，推论是推理的表现形式。从司法证明的种类来看，推理属于自向证明的方法，而推论属于他向证明的手段。就司法证明本身而言，在诉讼中，他向证明活动主要由控辩双方进行，法官没有他向证明的义务，只在判决时就其认定的案件事实进行他向证明。参见何家弘、刘品新《证据法学》，法律出版社2007年版，第268页。

⑩ 李学灯：《证据法比较研究》，（台湾）五南图书出版公司1995年版，第250页。

于,推论具有可能性而不具有必然性。推论所得出的结果并非唯一,依据某一已知事实,往往可以推论出多种不同的结果,即其盖然性可高可低。推论得出的事实不能直接作为裁判依据,还必须结合其他证据对推论结果进行证明。而推定所得结果是唯一的,除非有相反的证据将其推翻。<sup>①</sup>根据龙宗智教授的观点,推定与推论的区别主要有以下五点:一是推定因其具有一定程度的“推测与假定性”而降低了证明要求,而推论则必须符合证明充分性的一般要求;二是推定具有“法定证据”的制度特征,而推断(论)具有“自由心证”的制度特征;三是推定转移了证明责任,而推论并未转移证明责任;四是推定确立了事实认定义务,而推论则没有这种义务;五是推定是法律问题,推论是事实问题,二者在诉讼中的意义和性质不同。其中前面三点,属于证明机制上的区别,称为“内在的区别”;后面两点,属于法律效果上的不同,称为“外在的区别”。<sup>②</sup>

3. 推定与拟制。“拟制与推定毫不相干,拟制是法律规范,由于拟制将要件B等同于要件A,它将要件A所规定的法律后果转移至要件B。”<sup>③</sup>由此可以看出,所谓拟制,是指法律把某种事实(A事实)视为另一种事实(B事实),使其与另一种事实(B事实)发生同一的法律效果。之所以作出这种规定,主要在于A事实与B事实之间存在高度盖然性的联系,或纯粹是基于政策或价值选择的考虑。拟制广泛地存在于民事和刑事实体法中,通常以“视为”、<sup>④</sup>“以……论”等语言表述,如《民法通则》第15条规定,“公民经常居住地与住所不一致的,经常居住地视为住所”;《刑法》第67条第2款规定,“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯,如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的,以自首论。”拟制在民事法律中多用来明确当事人的主体资格或法律地位,如《民法通则》第11条第2款规定,“十六周岁以上不满十八周岁的公民,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全行为能力人”;或用来确定当事人的意思表示,如《继承法》第25条规定,“继承开始后,继承人放弃继承的,应当在遗产处理前,作出放弃继承的表示。没有表示的,视为接受继承。受遗赠人应当

在知道受遗赠后两个月内,作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的,视为放弃受遗赠。”拟制在刑法中主要有两种功能,一是“入罪”,即将原本不符合犯罪构成要件的要素视为符合;二是改变刑事责任,即将原本符合A罪之构成要件的行为纳入B罪的范畴。<sup>⑤</sup>目前,我国学者对推定与拟制关系的认识,大体可分为“不同说”与“联系说”两种。前者认为,推定与拟制是两个不同的概念,不能混淆,我国法律规定中使用的“视为”和“以……论”等用语都是拟制,不属于推定。<sup>⑥</sup>相对推定而言,拟制不产生举证责任问题,也不存在被推翻的可能,只是法律根据实际的需要,使某一事实与另一事实发生同一法律效果,它不能用反证来否定,故与推定有本质的区别。<sup>⑦</sup>后者认为,推定与拟制是有一定联系的。作为拟制的一种,“推定式拟制”在法律规定中经常使用“视为”等用语,以确定当事人的意思表示。<sup>⑧</sup>

从逻辑机理上来说,推定与推理、推论和拟制有着相似的特性,它们都属于从已知事实

① 参见曹坚《刑事推定的合理运用及其规制》,《上海公安高等专科学校学报》2003年第4期。樊崇义、冯举:《推定若干问题研究》,龙宗智主编《刑事证明责任与推定》,中国检察出版社2009年版,第7页。

② 参见龙宗智《推定的界限及适用》,《法学研究》2008年第1期。

③ [德]罗森贝克:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第220页。

④ 但需要注意的是,笔者以为,使用“视为”、“以……论”等语言表述的,并不都是拟制。如《民法通则》第66条关于“表见代理”的规定,“本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的,视为同意。”这里的“视为”就是推定而非拟制,因为表见代理的内容可能是本人实际上同意的,也可能是不同意的,故此时法律推定为同意。另外,《合同法》第15条第2款规定,商业广告的内容符合要约规定的,视为要约。此处“视为”即为通俗意义上的用语,即“为”之意,亦非拟制。

⑤ 参见劳东燕《推定研究中的认识误区》,《法律科学(西北政法学院学报)》2007年第5期。

⑥⑧ 参见何家弘《论推定概念的界定标准》,《法学》2008年第10期。

⑦ 陈一云著《证据学》,中国人民大学出版社1991年版,第163页。有学者认为拟制和推定之间存在以下区别:性质不同;能否用反证推翻不同;对举证责任的影响不同。参见李浩《民事举证责任研究》,中国政法大学出版社1993年版,第193~196页。

推导出未知事实的逻辑思维活动。但是各自的功能和范围有所不同。就司法证明活动而言，推理强调的是发现，属于查明案件事实的范畴；推论强调的是论证，属于证明案件事实的范畴；推定强调的是法定，属于认定案件事实的范畴；<sup>①</sup>拟制强调的是等同，属于视为案件事实的范畴。有学者指出，关于推定与推理、推论和拟制的关系，可以借助行为主体的诉讼身份加以辨别，尤其在刑事案件中更为明显。<sup>②</sup>

### 三、推定的特征

1. 逻辑性。关于推定的逻辑性问题，学界有着不同的认识，有人甚至完全否认推定的逻辑性。<sup>③</sup>从诉讼证明过程来看，诉讼证明活动是一个“论据——论证——结论”的三段论推理过程。<sup>④</sup>从推定过程来看，推定也是一个包含大前提、小前提和结论的三段论推理过程，属于形式逻辑上的归纳推理。推定在结构上表现为“基础事实——常态联系——推定结论”模式，这一结构与“论据——论证——结论”的诉讼证明活动过程相比，显然缺少论证过程作为中间环节，而代之以常态联系作为连接的纽带。因为推定只需在基础事实存在的前提下，通过常态联系即可得出推定事实。可见，论证过程的缺失是推定与证明在逻辑结构上的重大区别。<sup>⑤</sup>

2. 或然性。推定虽然具有一定的逻辑性，但其逻辑并不严密，其“基础事实——常态联系——推定结论”结构模式，导致了其无法对其他可能性进行逐一排除，因此在结论上就产生了或然性。即基础事实成立，推定事实既可能成立，也可能不成立，两种结果都有可能。经验法则表明，一般情况下，基础事实与推定事实通常会相生相伴，但经验法则也同时表明，既然有常态，就一定会有非常态即例外存在。将其中一种确定为推定事实，这不是逻辑推理的结果，而是基于二者并存的高度盖然性而进行假定的结果，无法从逻辑上获得确定性证成。故推定制度存在的正当性基础不是逻辑理性，而是价值理性。它越过了传统的逻辑法则，基

于已确定存在的基础事实，根据常态联系选了推定事实作为处理案件的依据。申言之，推定在本质上是对证明的否定，一切有关严格证明的规则在推定上都是不适用的。<sup>⑥</sup>

3. 转移证明责任。众所周知，推定是与证明相对的一种机制设置。在证明机制以外之所以建立推定机制，就是为了弥补证明机制解决不了或难以解决的问题。<sup>⑦</sup>而单靠一项机制的建立并不必然导致问题的解决，其中还伴随着证明责任的转移。正是由于推定是一种设定，它成立并得以维系的条件是不利后果的承受方未能提供必要的反证。推定机制需要转移证明责任是建立该机制的必然要求。<sup>⑧</sup>对此，裴苍龄教授认为，“推定是重要的法律行为，是必然要引起法律效力的。推定的第一种效力就是引发举证责任的转移。这是任何一项推定一经作出，就一定会产生的一种法律效力。”<sup>⑨</sup>

① 参见何家弘、刘品新《证据法学》（第二版），法律出版社2007年版，第267页。

② 参见何家弘、刘品新《证据法学》，法律出版社2007年版，第269页。

③ 如形式学派认为，推定就是逻辑思维，而且仅仅限于形式上的演绎推定，推定是逻辑在法学领域的单纯应用。[法]勒内·达维德：《当代主要法律体系》，苏力等译，上海译文出版社1984年版，第141页。而规则怀疑学派则完全否认推定的逻辑性，认为决定推定的是法官的司法理性和个人意志，逻辑是判断之后为使判断看起来更明确、合理而穿上的外衣。赵素萍、赵飞：《刑事推定的逻辑与司法理性》，《社会科学论坛（学术研究卷）》2006年第10期。

④ 在这一过程中，论据（即证据）是关键的前提要素，而论证则是连接论据与结论的中介，是诉讼主体综合利用归纳、演绎、证实、证伪、排除等多种论证方法，并结合经验法则，对论据的合法性、客观性和关联性进行评价鉴定，并最终对案件事实作出的确认判断的过程。

⑤⑥ 参见汪建成、何诗扬《刑事推定若干基本理论之研讨》，《法学》2008年第6期。

⑦ 正因如此，有学者认为，“推定不是证明，也不是证明的特殊方法，而是司法证明的替代方法，是司法证明的例外。”汪建成、何诗扬：《刑事推定若干基本理论之研讨》，《法学》2008年第6期。

⑧ 具体分析参见龙宗智《推定的界限及适用》，《法学研究》2008年第1期。

⑨ 裴苍龄：《再论推定》，《法学研究》2006年第3期。故《美国联邦证据规则》第301条规定，“推定的法律效果，是使出示证据的责任由提出推定的一方转移到该推定对其不利一方当事人身上。”

#### 四、推定的根本属性

所谓属性,是指“事物所具有的性质、特点”,<sup>①</sup>亦即人们常说的本质。关于推定的本质,有学者认为有两个方面:一是转移证明责任,二是法定性。<sup>②</sup>那么,将转移证明责任作为推定的本质特征之一,是否从根本上体现了推定的本质属性?笔者认为,只有法定性才是推定的本质特征,所谓转移证明责任也要从属于法定性之下。很难设想,如果没有法律规定,证明责任能够转移。<sup>③</sup>通过前面对推定与推理、推论和拟制关系的阐述,从运行轨迹或逻辑机理上来说,推定与推理、推论殊难二分。但如果受到规范性的约束力以后,相互之间的区别则立时分明。“虽然推定在逻辑机理上与推论相似,但由于其转移证明责任的特征,使得推定区别于推论、推理、推断等其他逻辑手段,成为一项证据法上的‘证据装置’。”<sup>④</sup>需要强调的是,推定所转移的证明责任并非基于法官或检察官的强制,而是基于法律规定。

从内涵上看,推定所规制的是一个基础事实与一个假定事实之间的法律关系,而不是两个事实之间的逻辑关系。<sup>⑤</sup>故“推定是依法‘拟制’事实,因此其本质应为法律问题。”<sup>⑥</sup>这从《布莱克法律词典》对推定所下的定义也可以看得出来,“推定是一个立法或司法上的法律规则,是一种根据既定事实得出推定事实的法律规则,……一种根据已知证据作出确定性推断的一种法律设计,是依法从已知事实或诉讼中确定的事实出发所做出的假定。”<sup>⑦</sup>对此,美国证据法学大师威格摩尔称,一切推定严格地说均属法律的推定,而不是事实的推定。如果离开法律领域谈论事实领域,则最好使用推理、演绎或论据等措辞,而不是推定。<sup>⑧</sup>其后来者麦考密克教授亦说,推定“是在诉讼开始时依据制定法或判例法确定证明责任而不是依据控诉方提出的证据确定证明责任。”<sup>⑨</sup>我国台湾学者李学灯先生也认为,“英美法关于推定名称混淆错杂,固不足取,即大陆法以事实之推论,复用推定制度名以见诸法律,实亦不足为训。为避免观念上制定混淆,除判例用语之宽假,又

当别论外,法律条文之规定,实宜仅限于法律上推定之一种。”因此,“所谓推定,应专指法律上之推定,已见前述。其意即谓如有甲事实之存在(或不存在),无待证据,可以推定乙事实之存在(或不存在)。法律上推定,依据法律,必须为如此演绎,与事实上制定推定(即逻辑上制定推论,或推理),依据论理法则,得为演绎者不同。”<sup>⑩</sup>“推定之性质,其本身并非证据,而已成为关于证据之法则。”<sup>⑪</sup>此外,关于推定的法定性,德国诉讼法学大师罗森贝克有一段更明确的话,“不是法官从推定的原始事实(Ausgangstat sachen)得出被推定的事实的结论,而是法律这么做的;不是法官,而是法律推定这一事实。如果法官根据法律推定考虑被推定的事实,涉及的不是对事实的确认,而是法律的适用。法官将被推定的事实不是作为已经证明的事实,而是未加证明即作为其判决的根据:推定使得对被推定的事实进行证明和确认成为多余。”<sup>⑫</sup>

① 《现代汉语词典》,商务印书馆2005年修订版,第1267页。

② 参见钟朝阳《美国证据法中的刑事推定》,龙宗智主编《刑事证明责任与推定》,中国检察出版社2009年版,第167页。

③ 需要指出的是,在刑事法律规范中,对是否有罪的证明责任转移往往受到严格限制,除极少特殊的犯罪,如巨额财产来源不明或持有型犯罪,一般是不可转移的,否则将导致对“无罪推定”原则的实质否定。即使在出现阻却性证据的特殊情况下,证明责任也要由控诉方来承担。被告人只对自己的主张,如精神鉴定,承担证明责任。

④ 钟朝阳:《美国证据法中的刑事推定》,龙宗智主编《刑事证明责任与推定》,中国检察出版社2009年版,第167页。

⑤ 张保生:《推定概念、适用条件及价值追求》,龙宗智主编《刑事证明责任与推定》,中国检察出版社2009年版,第32~33页。

⑥ 龙宗智:《推定的界限及适用》,《法学研究》2008年第1期。

⑦ Henry Campbell Black, M. A. Black's Law Dictionary, 6th Edition, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1990.

⑧ 参见龙宗智《推定的界限及适用》,《法学研究》2008年第1期。

⑨ [美]约翰·W·斯特龙主编《麦考密克论证据》,汤继建等译,中国政法大学出版社2003年版,第675页。

⑩⑪ 李学灯:《证据法比较研究》,(台湾)五南图书出版公司1992年版,第299、252、253页。

⑫ [德]罗森贝克:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第226~227页。

从外延上看，作为证据法范畴，所有推定都是关于事实的“法律上的”假定。其中，不可反驳的推定有立法规定，“在某种程度上是对一项实体法律规则的笨拙表达方式”；可反驳的推定在司法中应用，是法院或法官根据法律规定对证明过程加以补充的事实认定方法。<sup>①</sup>前述龙宗智教授关于推定与推论的五点区别中，第一点关乎证明标准，第三点关乎证明责任转移，而第二、四、五点则均关乎推定的法定性问题。

综上所述，可见，法定性是推定的惟一根本属性。需要指出的是，美国证据法上推定的法定性不是绝对的，其合法性要受到合宪性审查，而大陆法的推定则不受审查之制。<sup>②</sup>在美国的司法实践中，关于推定与举证责任的分配问题，曾不止一次地成为美国司法机关注意的中心，但美国最高法院不满意某些立法文件解决这个问题方法，曾以违反法律程序为由宣布这些文件违宪。<sup>③</sup>

### [导师周长军教授点评]

推定是诉讼法学特别是证据法学研究中的一个重要理论问题，也是司法裁判中一个重要的事实认定方法，且在证据法制度中已成为一种独特的证据规则和事实认定机制。因此，对

这一问题的研究，既有重要的理论意义，也有积极的实践价值。该文在国内外学者研究的基础上，对于中外学者对推定的认识以及推定与推理、推论和拟制等概念的关系进行了比较全面的梳理，对于推定的特征及其根本属性提出了自己的见解，观点明确，层次清晰，论证也比较有力。不足之处是引证文献过多，这在一定程度上影响了作者观点的表达和文章的整体论述。

本文作者：山东大学法学院 2008 级博士研究生

责任编辑：赵俊

① 张保生：《推定概念、适用条件及价值追求》，龙宗智主编《刑事证明责任与推定》，中国检察出版社 2009 年版，第 32~33 页。

② 参见钟朝阳《美国证据法中的刑事推定》，龙宗智主编《刑事证明责任与推定》，中国检察出版社 2009 年版，第 172 页。

③ [苏] 普钦斯基：《美国民事诉讼》，第 104 页。转引自叶峰、叶自强《推定对举证责任分担的影响》，《法学研究》2002 年第 3 期。

## On the Characteristic of Presumption and Its Fundamental Property

Wang Tianlin

**Abstract:** The scholars home and abroad have different views on presumption. Among these views, legal presumption and factual presumption are often regarded as different types, making no distinction between them intentionally, which lead to a negative impact on understanding the characteristic of presumption and its fundamental property. In recent years, the domestic scholars have questioned the division of legal presumption and factual presumption, and thought only legal presumption is valid. From the perspective of judicial notice, it is of great significance for the judicial application of presumption to define clearly the concepts of presumption, inference, deduce and fiction, and identify the characteristic and its fundamental property of presumption.

**Key words:** legal presumption; factual presumption; presumption and inference