

论证据法上推定的适用 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E8_AE_BA_E8_AF_81_E6_8D_AE_E6_c122_484784.htm

【摘要】 推定是现代诉讼中的一种重要证明方式，应该规则化。在深刻认识其属性、特征及价值的基础，我们更要研究推定适用的条件、范围、规则及其依据的经验法则等，促进推定立法的完善，保证推定被适当地适用。

【关键词】 推定；证据法；适用

引言 推定作为证据法上的一种证明方式，是指根据事实之间的常态联系，当某一事实存在时，推引另一不明事实存在。[1] 审判者在审理案件时，通常是对与本案有关的各种证据进行综合分析判断来认定事实的，但是在遇到案件事实不清，真假不明而又没有证据来证明时，审判者则须借助推定的法则来判定事实，以防止诉讼陷入无法进行的僵局。法律对推定的定义最早出现于1804年的《法国民法典》第1349条，该条将推定表述为“法律或审判员依已知的事实推论未知的事实所得的结果。”后来被许多国家的立法所吸收，并得到了不断的完善。由于两大法系证据制度上的差异，英美法系国家的证据规则对推定的适用条件范围，经验法则，规则及效果都作了明确的规定。而大陆法系国家实行的是自由心证制度，推定的适用则更多地体现了法官的良心与理性判断。在现代司法审判中推定已成为事实审理者用以认识和判断证据材料并最终认定案件事实的常规手段。[2]推定在证据的舞台上倍受人们青睐，其魅力在于推定不仅是科学的，而且是审判实践所不可或缺的，其重要的诉讼价值在于可以缓解某些证明的困难，避免诉讼陷入僵局，可以减少不必要的举证，提

高诉讼效率，可以促进举证责任的公平分配，[3]也充分尊重了世界公认的一些经验法则，折射出对于社会价值取向的思考。推定是依据事实的常态联系而作的一种推断，是建立在盖然性的证据基础之上的，相对于证明来说，是一种降低了标准的不完全证明，因而其结论具有盖然性、不精确性和不周延性。这也是推定局限性的主要体现。推定的这种盖然性的大小还与案情复杂程度、法官素质、基础事实的真实可靠程度等因素相关。但是我们不应因推定的这些局限性而否认其科学性和必要性。而应该通过科学立法，趋利避善，使推定在诉讼过程中被更加严谨、科学地运用，以实现诉讼结果的公正性与诉讼过程的正当性。不管是法律上的推定还是事实上的推定在我国的司法实践中都是普遍存在的。然而我国的民事诉讼法没有对推定的证据规则作出规定。《关于适用若干问题的意见》第75条弥补了这一空白，作为民事诉讼适用推定的法律依据，在审判中发挥着重要作用。但是随着人们对推定认识的深入，推定在审判中运用越来越普遍，我国目前的法律显然不能满足现实的要求。法律对推定证据规则没有明确规定，致使推定在具体适用中显得随意而无规则，法官适用推定缺乏约束机制，自由裁量权过大，这给推定事实的真实性、客观性造成了很大的负面影响。因而在深刻认识推定的属性、特征的基础上，肯定其重要价值的同时，更要对适用推定的法则作深入的研究，为立法确立科学、合理、可行的推定证据规则提供理论指导。鉴于目前理论是对此讨论的还不多，笔者想作些尝试，以期抛砖引玉，引起人们对这一问题的关注。

一、推定适用的条件与范围

“法律工作者认识到诉讼不是，也不可能是发现真情的科学调查研

究。” [4]由于受诸多主客观因素的制约，在诉讼中完全彻底地发现真实只能是人们努力去追求而达不到的理想。人们只能求得最大限度地接近于真实。推定规则的设立同样为了解决诉讼上证明的困难，使推定的事实尽可能地接近真实。然而，推定毕竟与证明有着截然的区别，证明根据的是必然性证据，推断出的事实是一种必然性的结果，而推定根据的是盖然性的证据，推断出的是可能性的结果。因而推定的适用必须是谨慎的，在能够证明的情况下，不能适用推定。就推定本身来说，也只有满足一定的条件，在一定的范围里适用，其推断的结果才有合理性科学性和可取性，才能达到人们期望的尽可能真实的要求。

（一）推定的适用条件 推定的适用条件是指在满足哪些条件的情况下才可以适用推定，即推定的构成要件。只有把握了推定适用的条件，才能准确地适用推定，防止法官自由裁量权的滥用而使推定失去其科学性。我们认为，推定的适用应该满足以下三个条件。第一，适用推定必须具有正当性的必要性。推定是一种不完全的证明，因而其适用的首要条件应该是具有必要性，且这种必要性是正当的。如果有必然性的证据能够证明案情或者适用推定没有比适用证明更可靠的利益存在，则不应该适用推定。那么，适用推定正当的必要性的以什么来衡量呢？首先，有些案件事实在审判上必须查明而又没有必然性的证据予以证明，如果不适用推定则诉讼将无法继续进行，纠纷得不到解决。在司法实践中，往往有些案件不是当事人原因不能举证，而是根本无法或难以用有效证据证明，即使法官依职权调查取证也无法获得必然性证据，致使纠纷得不到解决。法官采用推定使诉讼从困境中解脱出来，避免因待证事实无法获得合

法的适当证据予以证明而产生的窘境。因而推定的适用是正当的、必要的。其次，实现诉讼的经济目的又不损害诉讼的公正。客观存在的某些事实，有时不能直接认知，或为获取认识的成本过于昂贵，但是经过合理的推定，不仅可以节省很多的人力、物力和时间，而且推定的适用也不损害人们对公正性的期待，可获得良好的效果。最后，遵循公平、公正的原则，保护善意一方当事人的利益。在这里，推定的正当必要性也在于推断不利于使诉讼无法证明的当事人的事实成立，使善意一方不因恶意方而使纠纷无法在诉讼上解决。最高人民法院《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第30条规定：“有证据证明持有证据的一方当事人无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。”持有对其不利的证据的一方当事人不提供该证据，如果法庭认定相对一方承担不能举证的败诉后果，显然是不公平的。因而《规定》基于公平、公正原则设置推定的必要性。第二，推定的基础事实应该真实可靠。司法审判中推定的事实，是根据基础事实作出的推断，因而作为推定前提基础的事实必须是真实可靠的，如果基础事实不真实，推这就失去了根本的基础，也就无从谈起推定事实具有揭示案件真实的科学性。真实可靠的基础事实的获得主要有两种方式。一是经证明而获得真实的基础事实。即在审判过程中，作为推断根据的基础事实，除了为法院职务上已知的或者众所周知的事实，可以由法院直接确认外，都应由主张存在该事实的当事人举证证明，如果负举证责任的当事人没有提供证据，或者提供的证据不足以证明基础事实，推定的规定就无从适用。[5]二是根据法律的规定可以引

作真实的基础事实。这主要是立法者把深为人们熟知或深为人们接受和掌握的经验法则通过立法的方式固定下来，免除不必要的证明，节省司法资源。在我国，这样的基础事实主要体现在《关于适用若干问题的意见》第75条规定的五种事实。

第三，适用推定作出的各种可能性判断间必须存在一般与个别、普遍与特殊的关系，使案件的审判者能够从中择优选择，保证推定的事实尽可能地接近真实。因而，适用推定的事实证据必须具有高度的盖然性，而并非任意的盖然性证据都可以适用推定。只有根居基础事实所推断出的事实具有一般普遍的特征，推定的适用才是科学。所以，当基础事实的证据盖然性效力小而不能推断一般性的结论时，推定就不能使用而必须依证明的方式查明事实。

（二）推定适用的范围

推定的适用，对立法来说是指立法者通过对某种事实之间逻辑关系的认识，将其规定于法律条款中；对司法者来说是指在诉讼中司法者对已经上升为法律的推定条款的适用，或者司法者对尚未上升为法律条款但客观存在的关于事实关系的逻辑法则的适用。[6]因而，推定适用于立法与司法，更广泛地存在于诉讼活动中。一般来说，只要符合推定适用的构成要件，在刑事、民事、行政诉讼中都可以适用推定。然而，在不同的诉讼中，其适用的程度是不同的。在民事诉讼中，推定被广泛地适用，主要包括意思推定，证据事实推定，能力推定，过错推定等等。而在刑事诉讼中，推定的适用较为谨慎，一般只能用来推定事实而不能用来推定有罪，对有罪的事实只有在极个别的情况下才许可推定，如英国和美国的法律规定占有最近被盗窃之物的，推定其为盗窃者。相反，刑事上要求无罪推定则是其常态。民事诉讼与刑事诉讼关涉

到的人们的利益和权利的性质不同，它们追求的价值目标也不同，因而它们对证明责任和证明标准的要求是不同，这同样在推定的适用范围上反映出来，这是我们适用推定应该考虑的问题。

二、推定适用依据的法则 推定是依据事实之间的常态联系，运用已知的事实推断待证事实在法律上成立的一种思维过程。这种常态联系是人们通过生活中长期、反复的经验积累而取得的一种因果关系认识，具有很强效力的盖然性即当一种现象存在时，另一种现象必然存在或会出现，人们能够根据一定的经验法则利用事物之间的这种常态联系作出科学的推断。在适用推定时，如果某个推定是依据某种经验法则来作出的，我们就把这种经验法则称为推定适用的经验法则。这种经验法则是长期经验积累而总结出来的，符合客观事物的发展规律，体现出事物发展的前途和方向，因而是具有科学性的，在以后的相同推定中得到普遍的遵守。然而，这种经验法则毕竟只是以往经验积累而得来的，具有强烈的主观色彩，法官把何种经验法则当成可以适用推定的法则，与法官所生活的社会环境，个人素质与经验，案件性质及复杂程度等因素有很大的联系。因而不容易把握。但是经验法则又是适用推定关键问题，没有一定的经验法则为依据并无法作出推定。一般来说这种经验法则的把握需要法官较为自由的自主判断，案件是纷繁多样的，事实之间的常态联系的表现形式也是多样的，法律很难对体现这种多样性的经验法则作出周密的设定与安排。因而，在证据上奉行自由心证制度的国家的法官对推定所依据的经验法则较容易把握，适用起来也较灵活自然。而实行法定证据制度的国家，证据的证明力由法律事先以明文规定，法官无权按照自己的思维

与认识自主地判断证据，对经验法则的适用则较难把握。然而，由于我国证据法律法规的疏漏与不完善，给法官的自由裁量权留下了过大的空间，推定依据的经验法则的选择与适用随意性较大，损害了推定的科学性。而从总体上看，法官也希望在推定的适用上能够有较为稳定而又便于操作的标准。所以，我们认为在法律上对可以适用推定的情形和何种经验法则可适用于推定作出明确的规定是有必要。也有不少学者在这方面作了很多有益的探索。叶自强先生认为应该“从我国实际出发，采法律上的推定论立场，并参考国外的立法学说及案例，对推论及少数不可反驳的推定作出具体规定。

”并且拟制了十八种推定法则。[7]我们认为法律上的推定与事实上的推定在司法实践中都是存在的，而且也都是必须的。立法者应该把那些已经深为人们熟知和把握的经验法则，通过立法的形式固定化，条文化而成为法律，以规范推定的适用，也为法官适用推定提供确定的依据，也可以约束法官，防止其主观擅断，随意适用推定。然而，法律也无法将人们依据事物常态联系进行推定适用的经验法则作出周密的设置。且事物的联系是复杂多变，诉讼实践若少了法官根据事实的推定，推定的价值毫无疑问地会受到折损。因而，我们认为，就目前我国的情况来说，不能单纯依法律所确定的经验法律来推定，它应该有多种形式的补充。具体来说，法官在审理案件过程中，可根据四种类经验法则来适用推定。第一类是法律明确规定了推定的情形，这类是大量存在于各种法律当中的，也是最主要的法则，具有确定性，只要法律明确作出了规定，法官就必须适用，而不能舍弃而采其它法则。第二类是为人们普遍认可的经验法则。这类法则虽然还未

上升为法律，由于是长期经验积累后为人们共同认可和接受的，因而具有普遍性，依据该经验法则的推定不会失去正当性。第三类是经过实践检验的理论学说。理论学说是在总结实践经验的基础上形成，如果反过来又被实践所证明，则其科学性是经得住检验的。第四类是某种典型案件所确立的适用推定的情形。这种情形的存在主要体现在上级法院经最高法院批复后审理的案件适用推定而形成的法则，对以后类似案件的审理能产生较强的拘束力。可以说，某些典型案件审理中适用推定所采取的观点或多或少会对以后类似案件的审理产生影响。

三、推定的规则

推定的适用应该设立规则主要是基于以下几个方面原因的考虑：一是用推定来认定法律上的真实有具缺陷。推定的局限性主要体现在推定是一种不完全的证明方式，虽然具有较高的盖然性，但与客观真实的程度上，仍会有一定的距离。并且，推定出的事实的真实程度还与案件的复杂程度，法官的素质和经验，基础事实的真实可靠程度等因素有着直接的关系。因而推定适用需要较严谨的规则，以增强其程度功能。二是，防止官法滥用自由裁量权，随意适用推定。法律设立规则就是要使法官有法可依，有章可循。以便能够按照严谨准确和前后一致的总体目标适用推定。因而，立法上规定推定为证明方式的国家，大都注重其规则的创设。[8]法国民法典第1353条规定“非法律上的推定由审判员根据学识与智虑定之，但审判员只得为真诚、正确而且前后一致的推定，并且只予法律许可用人证的情形始得为之，但在以诈欺为原因而提起取消证书之诉的情形，不在此限。”意大利民法典对此作了类似规定。美国的证据规则也对推定的适用作了更加周密的规定。我们认为推定作

为一种证明方式，必须符合程序正义的要求。只有对推定的适用设置理性的程序规则，才能趋利避害，使推定的价值得到彰显。推定作为法官自由心证的重要体现方式，其正当性不能仅仅依靠法官的良心与理性来保证，特别是当前我国法官的总体素质还处在有待提高的阶段，推定适用规则的创设更有必要性。首先，推定应遵循一定的程序规则。根据推定的逻辑思维方式及可能产生的法律效果，我们认为推定应该遵循这样的程序进行：（1）基础事实真实可靠性的认定；（2）基础事实与推定事实间常态的因果关系的认定；（3）在认定因果关系基础明示适用推定；（4）受推定不利影响的相对方提供反证和抗辩；（5）最后确定推定成立与否。当然我们还应该注意到法律推定与事实推定的区别，对它们的适用程序作相应的调整，使其更加科学。此外，推定程序的创设还应当与审理程序上的合议制，审级制联系起来，以保证推定程序的正当性。其次，应当为相对一方设立反驳的规则。推定只是根据事物之间的常态联系而作的一种推断，不能排除例外，因而推定应该是允许反驳的。推定的事实都可以反驳，但反驳的一方当事人，应当承担举证责任。[9]但是法律有时基于特殊目的的考虑而将一些事物之间的常态联系绝对化，不允许反驳，当然这只是其中的一小部分。为了实现法律的公平与正义，应从程序上给因推定而承受不利益的一方当事人进行反驳和抗辩的权利和机会。一般来说，反驳可以从不同的角度进，可以对基础事进行反驳，只要提出证据使基础事实真伪不明，推定便不可成立；也可以直接用证据对推定的事实进行反驳，在这种情况下，对事实推定只要使推定的事实真伪不明即可，而对法律推定则必须达到使法官

确信推定的事实不存在方可阻碍推定的适用；还可以从推定根据的经验法则进行反驳，如果经验法则的盖然性低，不可信，则推定没有依据而无以适用。再次，应以法律推定作为推定的常规方式，凡法律规定有明确规定适用推定的必须依法律推定，法官不能不用，也不能依其它法则作出推定。在事实推定上务必遵守逻辑严谨、内容精确和推理前后一致的原则。最后，推定的适用必须坚持公开的原则。不论是法律推定还是事实推定都应当公开。一般来法律推定有法律的明确规定，有较大的可预测性当事人也较容易获悉推定适用的情况和后果，因而较可能主动地进行反驳与抗辩，以维护自身利益。而事实推定则主要依据法官自由心证作出，而自由心证的过程具有较大隐蔽性，不易为当事人把握，因而可能影响他在法官作出推定前进行充分的举证与抗辩。因此，司法推定必须具有公开性。具体可设计为当事人在法官作出推定前享有被告知权，他可以在一定的期限内进行充分的举证和辩论，既可对形成推定的基础事实进行反驳，也可对推定事实进行反驳。[10]

四、推定的法律效果

利用推定认定案件事实，符合民事审判中对待证事实证明的高度盖然性的要求，必然能产生一定的法律效果。首先，推定的适用能够引起举证责任的转移，这是推定适用的最显著和最重要的效果。基于法律推定与事实推定的差异，两种推定所产生的法律效果是不同的。通常认为事实推定转移的是举证必要，而法律推定转移的是举证责任。[11]法律上的推定属于实体法对举证责任加以明确规定的特殊情况，因而受不利推定的当事人提出反驳，证明推定事实不存在就其性质而言并非反证，而是本证，必须提出证据推翻依据法律推定的事实。即必须达

到使法官确信推定的待证事实不存在的程度。英美国法系的学者同样认为，法律上的某种推定，基于其盖然性的背景，实际上只具有可能性，不应该一提出反证就失去拘束力，其效力应维持到反证有证据上的优势，审理事实者认为足以推翻推定时为止。[12]许多国家证据法都对这种法律效果予以明确的规定。如我国台湾地区民事诉讼法281条规定：“法律上推定之事无反证者，无庸举证”；德国民诉法292条规定：“法律就事实的存在为推定时，以法律别无规定为限，相反之证明为合法”；奥地利民诉法270条规定：“法律所推定之事实无庸举证”。在学理与司法实践，都要求这些规定的推定的推翻须以证据证明推定事实不存在方成立。至于事实的推定，属于逻辑上演绎的推证，如果没有相反的证据提出，当然可以对推定的事实的真实性予以确认。法官适用事实推定是依据法无明文规定的经验法则形成的心证。它不步及实体法因而不发生举证责任的转移，只发生举证必要的转移。“事实上的推定，属法官自由心证范围内的问题，在发生举证的现实需要（本概念与举证责任不同）时，并不与举证责任相联系。”[13]因而，受不利推定的一方当事人只要提出证据使事实（基础事实或推定事实）真伪不明，阻止法官对推定事实的确信即可使推定不成立。其次，推定的适用还可能产生一些程序意义上的法律效果。这种效果是基于诉讼程序的公正性和正当性而创设的。它同样有两种情况。一是程序法的明确规定，根据这种规定所作的推定具有严格法律拘束力，不可推翻。例如我国民诉法规定公告送达时，自发出公告之日起经过60日，即视为送达。一种是对程序法上的逻辑推定，这种推定在法律效果上是有条件的，相对的，在符合

法律规定的条件后，即可将此推定推翻。[14]最后，消除对推定的事实举证和证明的困难，使法院能够对推定的事实作出认定。这是适用推定最直接的后果。有些事实，根据常通的经验法则是应当存在的或者是很可能发生的，但在现有条件与环境当事人提出证据或者由司法机关调查收集证据来证明，有时是很困难或是不可能的。这样未免就会使诉讼陷入一种无法进行的困境，推定的适用最直接的后果就是把法官和当事人从这种困境中解脱出来，使纠纷能够在没有证据的情况下得到合理，科学的解决。

结束语 推定作为证明的一种方式，是证据制度的重要组成部分，其在立法、司法实践和理论研究中的重要价值随着我国司法改革、审判方式改革以及人们对诉讼的理性观念的深入发展而逐渐彰显出来，其必要性与科学性与人们对诉讼价值的追求具有一致性。为了确保推定适用的正确、合理，防止其偏离诉讼公正与正当的轨道，必须对推定的适用进行程序上的规制。因而我们必须深入对这一些问题的研究，为我国证据法对这一证据规则的完善提供理性的引导。

【注释】 [1]陈桂明：《程序理念与程序规则》，中国法制出版社1999年版，第237页。 [2]张永泉：《推定与举证责任分配比较研究》2001年西安诉讼法年会论文。 [3]参见陈一云：《证据学》（第二版），中国人民大学出版社2000年版，第181-182页。 [4]沈达明：《英美证据法》，中信出版社1996年第1页。 [5]参见陈一云：《证据学》（第二版），中国人民大学出版社2000年版，第183页。 [6]陈桂明：《程序理念与程序规则》，中国法制出版社1999年版，第143页。 [7]参见叶自强：《民事证据法研究》，法律出版社1998年版，第186-188页。 [8]刘善春、毕玉谦、郑旭：

《诉讼证据规则研究》中国法制出版社2000年版，第589页。

[9]陈一云：《证据学》（第二版），中国人民大学出版社2000年版，第181页。 [10]茆荣华、蔡东辉：《论推定证据规则及对民事审判方式改革的启示》载王利明等主编《中国民事证据的立法研究与应用》，人民法院出版社2000年版，第816页。 [11]“举证责任”与“法证必要”的区分在大陆法系的德国和日本已得到普遍认可，举证责任是当待证事实真伪不明时，由哪一方当事人承担败诉后果的问题，举证责任的分配规定于实体法之中，一般不会在诉讼的进行过程中发生转移，除非法律上有推定的规定；而举证必要为提供证据的责任，可在当事人之间转移。参见毕玉谦：《民事证据法判例实务研究》，法律出版社1999年版第458以下。 [12]（台）李学灯：《证据法比较研究》，台湾五南图书出版公司1992年版，第258页。 [13]（日）三个月章：《日本民事诉讼法》，台湾五南图书出版有限公司1997版，第448页。 [14]参见毕玉谦：《民事证据法及其程序功能》，法律出版社1997年版，第170页。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com