

推定的界限及适用

龙宗智*

内容提要：对推定界定不清和运用不当是目前证据法研究中十分突出的问题。应当厘清推定与证明（推论）的关系，二者存在事实认定义务、认定方式、证明要求和证明责任承担上的差异，且性质不同。事实推定的概念混淆了推定机制与证明机制的区别，而且在我国可能破坏法治、冲击无罪推定原则。我国刑事立法和司法解释中，只有极少量的明示和暗示证明责任转移的规范才是推定规范。应当根据实践需要设立和完善推定规范，但必须考虑我国刑事司法模式和司法资源的对比关系谨慎为之。

关键词：推定 事实推定 推论 事实证明

一、问题的提出与研究的意义

罗森贝克在其经典著作《证明责任论》中说：“没有哪个学说会像推定学说这样，对推定的概念十分混乱。可以肯定地说，迄今为止人们还不能成功地阐明推定的概念。”〔1〕摩根在谈及推定时也慨叹：“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。”〔2〕他还形象地描述了冒险进入这个领域可能带给研究者的挫折感：“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。”〔3〕美国西北大学教授艾伦则深感厘清“推定”概念上模糊与混乱的困难，认为解决这一问题的较好方法，是从法律功能术语中废除“推定”（presumption）这一术语，代之以具体而清晰的证据规则的直接运用，以及对该证据规则建立基础的政策进行审查（从而决定如何运用该证据规则）。〔4〕

* 西南政法大学教授。

本文受全国优秀博士论文基金资助。西南政法大学王剑虹老师为本文搜集整理了部分外文资料，特此致谢。

〔1〕 [德] 莱奥·罗森贝克：《证明责任论》，庄敬华译，中国法制出版社2002年版，第206页。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。”见 [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。

〔2〕 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。

〔3〕 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.

〔4〕 Ronald J. Allen, *Presumptions in Civil Actions Reconsidered*, 66 Iowa Law Review 843-867 (1981).

通过反复查阅资料及认真的梳理,笔者发现,即使在今天,就何谓推定,不仅概念界定上有不同表述,而且在具体应用中(包括论著中的应用及司法实践中的适用)说法不一,甚至缺乏逻辑一致性和统一性。这是不同法域普遍存在的问题,由于学术训练不足及研究不够深入,在中国的司法实践与法学研究中,这一问题表现得更为突出。在刑事证据法领域,突出表现在以下三个方面:

一是将司法实践中在某些情况下法官运用证据认定案件事实的方式视为推定,即所谓“事实推定”,但未能明确界定其意义,也未深入研究其效用,导致应用中的混乱。有些学者和司法工作者将诉讼案件的证据判断过程中,在缺乏直接证据的情况下,凭借某些基础事实得出事实结论的过程都称为“事实推定”。如有学者称,“在认定故意杀人的案件中,即使被告人不承认有杀人的故意,审判人员也会根据被告人使用的凶器、打击的部位等事实推定其是否有杀人的故意。”〔5〕还有法官著文,罗列了一大批适用事实推定的情况,如犯罪主观方面:直接故意的推定、间接故意的推定、犯罪过失的推定、犯罪目的的推定、“明知”的推定、“为他人牟取利益”的推定、“谋取个人利益”的推定等;犯罪客观方面:客观行为的推定、(前后行为)相同性质的推定、占有状态的推定、持有状态的推定、因果关系的推定、非法所得的推定等。该法官认为,“犯罪的主观方面作为行为人的一种内心活动,只要行为人拒不供认或矢口否认是很难直接查明的,但作为犯罪构成要件之一,又是必须查明的。此时,推定是惟一的途径。”〔6〕

应当说,将缺乏直接证据情况下根据间接证据判定事实称为推定在不少论著中都存在。但这种不作认真概念辨析的使用方式使人难以区分何谓“事实推定”,何谓根据间接证据推断证明案件事实。而且,这样广泛地使用推定,“无罪推定”是否可能继续存在;法官可以根据具体情况设立推定(事实推定)并转移证明责任,是否有法官造法甚至修正立法之嫌,论者对这些问题未能给出有说服力的解释。

二是将刑事立法中一些规范界定为推定规范,但缺乏有说服力的论证。一般认为,我国刑法第395条关于巨额财产来源不明罪的规定,转移证明责任,属于推定规范。因为该法律条款在查明来源不明的巨额财产(基础事实)的前提下,责令嫌疑人说明财产的合法来源(责任转移),如果不能说明,该项财产应认定其来源非法(推定事实),构成巨额财产来源不明罪。然而,在1997年刑法修改,创立一系列新的持有型犯罪后,〔7〕有部分刑法学者和诉讼法学者,认为持有型犯罪规范均属推定规范。持有者应当承担证明持有合法或者“不知情”持有何物的责任,如果不能证明,则推定其持有非法或推定其“明知”。〔8〕然而,这种不加区分地认为持有型犯罪规范均为推定规范的观点,未能提供有力的论证。此外,有的学者还认为:刑法中对危险型犯罪的规定(如刑法第125至128条关于枪支、弹药、爆炸物的犯罪,刑法第144条生产销售有毒、有害食品罪等“抽象的危险犯”),属于推定规范,认为这些犯罪行为所构成的对公共安全的危险不属于构成要件,无需在个案中进行证明,因此即属“危险推定”,或认为这些犯罪的故意控诉方可不证明而实行推定;而其他某些所谓“严格责任犯罪”,如奸淫幼女罪,也含推定规范,即推定“明知”是幼女。笔者认为,这些扩大法律推定规范适用范围的意見,在法解释论上缺乏必要展开,在学理分析上也未提供合理的根据。这些观点虽然未被司法实践普遍接受,但不排除其可能产生的对实践的误导。

三是将刑事司法解释中的一些事实认定规范尤其是主观要件认定规范作为推定规范,但缺乏必要的分析鉴别。鉴于司法实践中,对某些犯罪性质的确认尤其是犯罪主观方面的认定难度较大,最

〔5〕李玉华:《刑事诉讼证明中事实推定之运用》,《现代法学》2005年第3期。

〔6〕贺平凡:《论刑事推定规则》,《政治与法律》2003年第2期。

〔7〕包括刑法第128条非法持有枪支弹药罪、刑法第172条非法持有伪造的货币罪、第282条第2款非法持有国家绝密、机密文件、资料或其他物品罪等、第348条非法持有毒品罪、第352条非法持有毒品原植物种子或幼苗罪等。

〔8〕如陈洪兵、郝建田:《持有型罪群证明责任、立法评析及司法适用》,《政治与法律》2004年第4期;李弘:《持有型犯罪的证明责任》,《人民检察》2007年第7期。

高法院在其司法解释以及与有关部门联合下达的一些规范性文件中,规定了某些犯罪及某些犯罪的主观要件的认定条件。如最高法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》、《关于办理与盗窃、抢劫、诈骗、抢夺机动车相关刑事案件具体应用法律若干问题的解释》,以及最高法院与其他机关联合发布的《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》等文件中的相关规定。有些学者将这些规定均视为推定规范,认为符合文件规定的条件的,应当推定为构成犯罪或推定其具备犯罪的主观要件,如故意、明知、目的等。然而,为什么这些规定属于推定,却缺乏分析论证。

还值得注意的是,由于对推定的理解错误,导致我国所确认的某些联合国重要法律文件的中文文本,在相关词语的翻译上发生错误而且常常被错误引用。

归结起来,在推定的概念和使用上,主要有以下几个问题需要认真研究和深入辨析:

其一是何谓推定,推定与证明,尤其是与采用间接证据证明的区别何在;

其二是何谓“事实推定”,这一概念有无存在意义,我国刑事诉讼中能否允许“事实推定”;

其三是我国刑事立法、司法解释文件中有哪些推定规范,如何适用;

其四是在我国创制推定规范有何要求,除立法创制外,最高法院有无创制权,如果创制,应当遵循哪些原则与规范。

笔者认为,目前存在的混淆和误用推定的情况,使我们不仅不能在理论上阐明推定的概念和机制,而且难以有效地将推定机制运用于刑事诉讼实践。笔者尝试对以上问题做一探讨,以期有助于刑事推定的界定、规制与运用。

二、推定的概念以及推定与推论的区别

何为推定,这一问题是推定理论和制度的出发点,是推定理论必须首先解决的基本问题,并直接关系到推定制度的合理建构和运用。

推定作为一种法律制度术语,虽然在不同的语言系统中使用不同词汇表达,然而,各主要的法律体系(证据法体系)都承认推定是一种有效的事实认定机制,而且承认相同或类似的适用方法,从而使推定成为一种具有普遍性的证据法制度。这一点通过不同法律体系中的专家对推定的界定即可说明。《布莱克法律辞典》的定义是:“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,推定是在缺乏其他证明方法时所使用的一种根据已知证据作出确定性推断的一种法律设计。推定是依法从已知事实或诉讼中确定的事实出发所作出的假定。”〔9〕《牛津法律大辞典》所下定义为:“推定,在证据法中,指从其他已经确定的事实必然或可以推断出的事实推论或结论。”〔10〕日本田口守一教授称:“推定是从A事实(前提事实)推认B事实(推定事实)。B事实难以证实时,可以用比较容易证实的A事实推认B事实的存在。”〔11〕而根据《法国民法典》第1349条规定:“推定系指法律或法官依据已知之事实推断未知之事实所得的结果”。

从以上所引大致可以确定,作为一种法律术语的推定,一般被解释为根据已知事实得出推定事实的法律机制与规则。推定是法院和评论者用来描述一种事实认定规则的术语,推定的意义,就是“在一个已证明的事实A——导致推定的事实,和在另一个推定的事实B之间创设一种特定法律关系。”〔12〕

在论证推定机制时,人们一般确认以下三点:一是推定依赖于一个或一批基础性事实,正是根

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

〔10〕 [英] 戴维·M·沃克:《牛津法律大辞典》,邓正来等译,光明日报出版社1988年版,第715页。

〔11〕 [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。

〔12〕 [美] 罗纳德·J·艾伦等:《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页。

据这些基础性事实，得出推定的事实结论，例如国家工作人员持有来源不明的巨额财产，这一基础事实导致对其来源非法的推定。二是基础事实与推定事实之间的联系是建立在经验基础上的逻辑联系，因此经验法则和逻辑法则是推定运用的基本法则。^{〔13〕}亦如前例，认定财产非法的根据是人们在特定情况下对国家工作人员巨额财产来源非法的经验性认识，而认定其非法的过程，采用了逻辑推理以及证伪法。三是推定事实只有在缺乏有效反证的情况下方成立。^{〔14〕}这是因为证据法意义上的推定，其适用的前提条件是允许对方反驳，只有在对方不能提出证据进行有效反驳的情况下，推定事实才能成立。如公诉方证明某国家工作人员持有来源不明的巨额财产，形成推定之基础，如果被告不能合理解释财产的合法来源，来源非法的推定即成立。

然而，通常对推定所作的概念界定与要素分析似乎存在一个问题，就是没有说明或者没有清晰地说明推定的特质乃至本质。推定确实要在已知事实（基础事实）和待证事实（推定事实）之间创设一种逻辑联系和法律关系，然而，一般的非推定性事实判定过程即证明过程难道不也是意在创设由证据证明的已知事实与待证事实之间的联系吗？推定机制中被人们普遍确认并在各种论著中表述的上述三项要素，似乎也未清楚表现出推定与证明的区别，因为证明过程也具备这些要素——如根据我国刑事诉讼法第42条的规定，证据是能够证明案件真实情况的一切事实，因此，证明过程就是用已查清的证据事实来确认待证事实；证明的基本法则是经验法则和逻辑法则，这是不争的学理；在证明过程中，只有在有效反证缺乏或不能成立的情况下被证明的事实才能成立，反之，如果对方提出有力的辩护证据，如指控实行犯的案件中被告不在犯罪现场的证据，由控方证明体系所支持的指控事实就无法成立。

这里所说的证明，主要是指以间接证据进行的证明，因为在这一过程中才存在一个推论即推理的过程，因此而区别于采用直接证据直接反映事实情况的证明过程。也就是说，这里的证据事实，是就“可以据以引申推论其他之事实而言，”“是以采用及判断证据，在内部意识作用上，推论为不可或缺之程序。”^{〔15〕}而以直接证据证明，则是以“观察报告”的方式直接说明案件主要事实（刑事案件中何人犯何罪），不需要“演绎之推论”，因此而不同于推定的事实认定过程。由此可见，需要厘清的所谓推定与证明的区别，是指推定与普通证明过程中推论的区别，在法律英语中，即为“presumption”和“inference”的区别。

推论是通过间接证据进行推理获得事实的结论。美国学者丹尼尔·摩曼（Daniel Morman）引用一个案件的法院判决指出，“推论（inference）一词有两重含义，第一，它描述没有直接证据时从先期获得的被接受的事实中得到的东西；第二，它提及事实审理者的事实结论，是在允许的情况下由充分的间接证据（情况证据）所推出。”^{〔16〕}推定（即可反驳的推定）与推论有一些重要的相同之处。亦如美国学者乔治·S·耶尔姆斯指出，“可反驳的推定与推论都面临共同的情形：证明某一事实是间接的，是通过建立其他事实以支持推定事实或推论事实存在的方式来实现事实认定。”但他同时指出，“在这个似乎简单的命题平静的表面之下，法律的这个领域已经发展为混淆和不可

〔13〕 美国学者华尔兹称：“推定产生于下面这种思维过程，即根据已知的基础事实的证明来推断出一个未知的事实，因为常识和经验表明该已知的基础事实通常会与该未知事实并存。”引自乔恩·R·华尔兹：《刑事证据大全》，何家弘等译，中国人民公安大学出版社1993年版，第314页。

〔14〕 李学灯先生在分析推定效力时指出：“案件中如有证据存在，而审理事实之人（陪审团）可自该证据合理的认定推定事实不存在时，推定即失去效力，是以推定仅于未能提供证据以充分辨明，使为推定事实不存在之认定时，始有其效力。此一观点，业经学者间如戴尧、韦格穆尔，及美国法学会所拟模范证据法所共认，并可见之于无数裁判上之意见。”引自李学灯：《证据法比较研究》，台湾五南图书出版公司1992年版，第257页以下。

〔15〕 同上书，第299页。

〔16〕 Daniel Morman, *The Wild and Woolly World of Inference and Presumptions when Silence is Deafening*, Florida Bar Journal, November, 2005.

预测的状态,很少法律概念会有这样大的混乱。”^[17]那么,比较于推论(证明),推定的特殊性是什么?笔者将其概括为以下五点。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”。

其一,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。依靠间接证据进行推论,是事实证明并获得心证的一种路径,因此它完全建立在经验与逻辑之上,只考虑证据事实因素,必须达到法定的或约定的(实践中约定俗成并通行的)证明要求。在刑事证明中,这个要求就是对犯罪事实证明达到“排除合理怀疑”,或者用我们的表述:案件事实清楚、证据确实充分。

推定建立的基础也是经验与逻辑,但它是获得事实结论的一种比较便捷的方式。运用时不仅考虑经验与逻辑,也同时考虑其他因素,如社会政策、公平性、便利性以及程序方便等。从这个意义上讲,这些非证据事实因素介入,使证明要求降低。^[18]

进一步分析,推定机制中的事实认定过程,区别于证明,具有三个方面的特点:第一,在证据的量上推定较之(推论)证明要求较低。如果是证明,证据充分的要求包含对证据量的要求,即为了实现证据间的相互印证从而形成稳固的证明构造要求有一定数量的证据;但推定则没有这种充分性的要求。因为推定事实成立的前提是基础证据的存在,而基础证据既可以是一批证据,也可以是单个的证据。第二,在证明的内容上,推论实行的是具体证明和完整证明,而推定实行的是不具体证明和简略证明。例如,要证明某人的犯罪,必须证明这一犯罪发生的“六何”要素,即“何时、何地、何人、何事、何原因、何结果”,这是一个具体的证明,是对要件事实的全面证明。而推定犯罪则不同,如巨额财产来源不明罪,不需要证明实施这一财产犯罪的具体行为要素,即这些财产的具体来源情况不须证明,只要求证明行为人持有来源不明的巨额财产,即可推定为来源非法并成立犯罪。第三,在证明的质上,即达到证明标准的问题上,推定要求较低而推论要求较高。在刑事诉讼中,前者无需达到排除合理怀疑的程度,^[19]而后者则必须达到这一标准。如果将推定的证明要求包括其盖然性标准等同于一般证明,推定机制的建立就失去了意义。因为设立推定就是为了克服证明的困难,打破事实真伪不明的僵局。

其二,推定具有“法定证据”的制度特征,而推断具有“自由心证”的制度特征。推定与推论都可能遇到反对证据,但二者不同的是,推定的反对证据一旦确认,该推定就如气泡爆裂,不再发生效力;而推断则不然,虽然反对证据成立,但仍需综合考量案件证据情况,斟酌支持推断事实的证据是否能够压倒反对证据,从而达到证明标准。

推定的依据限于特定的基础事实,而推论则可以从相关的全部事实中进行推论得出结论。比如,推定财产来源非法的情况下,如果被告人合理说明财产来源,则推定不再发生效力。反之,在推论即证明的过程中,虽然被告人对指控事实提出反证而且该反证未被证伪,但并不意味着该事实推论当然失效,法官应当斟酌全案证据,衡量彼此证据的强弱以及其间的矛盾是否能够被克服、被合理解释或者被容忍,^[20]然后确定推论是否继续成立。

这一特征也说明推定与推断的另一区别,即推定的假定性较强而稳定性不够(如随时可能爆裂

[17] Joel S. Hjelmaas, *Stepping back from the Thicket: A Proposal for the Treatment of Rebuttable Presumptions and Inferences*, 1993 Drake Law Review 431-432.

[18] 不过,不同的推定,其推测与假定性的含量有区别,一般说来,民事推定的推测与假定性含量较高,如共同遇难时谁先死亡的推定,而刑事推定的含量较低,如巨额财产来源不明罪,已经达到大致可以确认其来源非法(虽然不知非法获得的具体路径)的程度。

[19] 美国最高法院判例使用“合理联系”、“比不可能更可能”、“极有可能”等说法界定推定的证明标准。在“特纳诉合众国”(Turner v. United States)一案中甚至宣称,“采用要求推定事实的存在排除合理怀疑的学说是极不必要的。”见[美]麦考密克:《麦考密克论证据》,汤维建等译,中国政法大学出版社2003版,第679页以下。

[20] 关于证据间矛盾问题,请参见拙著:《试论证据矛盾与矛盾分析方法》,《中国法学》2007年第4期。

的气泡), 而推断所得出的事实结论相对稳定, 抗反证的能力较强。

其三, 推定转移了证明责任,^[21]而推论并未转移证明责任。根据美国联邦证据规则第 301 条的规定, 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。因为推定首先是一种假定, 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。因为在证明机制以外建立推定机制是出于公共政策、公平性和便利性的考虑, 它有两方面的制度根据, 一方面, 是减轻推定提出一方的证明负担, 这种减轻是通过转移证明负担到对方来实现的。这就使得某些事实对于推定提出一方而言比较便于认定。这是推定机制建立的主要理由。另一方面, 也是为了避免推定的错误, 从而兼顾了推定的不利后果承受方的利益。因为这里为其提供了反驳的法定机会与条件, 推定的成立, 也取决于对方能否有效地反驳。推定机制转移证明责任, 在法律中可以使用“责令说明”这类着眼于行为要求的明示性规定, 也可以采用“未能说明”、“未能提供”等着眼于法律后果的隐含性规定。而推论与推定不同, 按照“谁主张谁举证”的原则, 推论由提出该推论的一方进行证明, 不能转移证明责任。

其四, 推定确立了事实认定义务, 而推论则没有这种义务。推定与推论同样需在事实 A (基础事实) 与 B 事实 (认定事实) 之间达成一种关系, 在基础事实已经获得的情况下, 如系推定, 就必须认定推定事实的存在。例如, 只要发现巨额财产来源不明 (包括未予说明合法来源), 司法机关就应当认定来源非法并构成巨额财产来源不明罪。而推论则不同, 虽然基础事实成立, 但仍允许司法机关斟酌处理, 可以认定, 也可以不认定, 应视具体的事实与证据情况来确定是否认定某一事实。例如, 在一有非法经营行为的嫌疑人家中查出巨额财产, 而其持有人对其来源的合法性未作合理解释, 此时是否将其作为非法经营所获财产认定, 应视案件的证据情况进行推断。如果能够根据证据合理判断系非法经营财产, 即可作出确认, 如达不到这一要求, 则不能认定。

其五, 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。推论是对事实的判定, 属于事实问题。而推定是以法律的适用为前提, 既为事实问题, 也为法律问题, 由于推定是依法“拟制”事实, 因此其本质应为法律问题。如我国台湾地区学者陈祐治解释美国佛罗里达州证据法第 301 条时称: “可反驳推定, 如未被反证推翻, 其于诉讼上之效果, 固与事实之推论 (inference) 无异, 惟推论与推定, 两者本质, 截然不同, 不能不予以究明。所谓推论, 系指事实发见者 (fact \ | finder, 指陪审员), 从已经发见之事实或一些事实之存在, 或从诉讼中以其他方式认为业经成立之事实, 本于自己之裁量权 (a deduction of fact that the fact \ | finder, in his discretion), 按照逻辑推理之方法, 演绎出之事实真相。在陪审制度之下, 推论纯属事实问题 (matter of fact), 推论之是非、对错, 绝非法律审所得置喙。但推定则不然, 推定事实之存在, 系法律所拟制, 其中自然涉及法律适用, 本质上属于法律问题 (matter of law), 法律适用之是非、对错, 当然属于法律审审究之范畴。”^[22]

法律和事实的两分法, 是理解司法问题的一个出发点, 也是程序设置的基础, 在这个意义上, 区分推论与推定对于制度设置和司法实践都具有相当的价值。如在我国刑事上诉审和监督审程序中, 推定适用的问题, 应界定为法律问题, 而事实推论的问题, 应确定为事实问题, 区别二者, 直接影响上诉审及监督审直接审理或发回重审的适用。

注意以上的区分, 在事实认定过程中何谓推定何谓推论就比较容易界定。例如, 在认定故意杀

[21] 至于被转移的证明责任性质与内容, 则是有争议的问题。有学者 (如撒耶和威格摩尔) 认为只是转移了提出证据的责任, 也有学者 (如摩根) 认为还包括说服责任。参见前引 [19], 麦考密克书, 第 665 页以下; [美] 罗纳德·J·艾伦: 《民事诉讼中的推定再思考》, 《爱荷华州法律评论》第 66 卷, 第 865 页。

[22] 陈祐治: 《佛罗里达证据法逐条释义》, 台湾翰芦图书出版有限公司 2006 年版, 第 42 页以下。

人的案件中,如果被告人不承认有杀人的故意,审判人员根据被告人使用的凶器、打击的部位等事实判断其是否具备杀人故意,这一判断是自由心证的,而非法律强制的,在这一过程中并未转移证明责任到被告,同时判断结论符合经验与逻辑,达到了排除合理怀疑的要求,那么,该判断能够合理成立,这一判断就属于推论而非推定。反之,在法律对这类犯罪主观要件未规定可以推定的情况下,如果在诉讼中转移证明责任、降低证明标准进行推定,就违背了无罪推定以及控方承担证明责任的刑事诉讼基本原则和法理,违背了案件事实清楚、证据确实充分的证明要求,在法理上不能成立,在实践中十分有害。而文前所举某法官所称基于刑事案件的具体情况,在主观与客观要件事实成立上所作的各种推定,应当均属缺乏直接证据的情况下根据间接证据所作的事实推论而非推定。因为在这些具体的情况之下,法官并无改变证明标准以及转移证明责任的法律依据,如果擅自使用推定,属于无视当事人权利同时超越法律违背法律的审判权滥用行为。

三、“事实推定”能否成立

笔者在上面对推定与推论的区别所作的五点分析,应当说均有相当的根据。然而,由于在推定问题上学说多多,众说纷纭,因此不免会有不同看法。笔者认为对上述观点最容易也是最可能做出的整体性反驳和批判是,上述区别只是法律推定与事实推论的区别,通说认为,推定分为法律推定与事实推定,而事实推定也是推定,它与推论具有相同之处,因此,将依靠间接证据所作的事实推论称为推定或事实推定亦无不可。

这一反驳应当说十分有力,因为它是以某种通说为基础,而通说是最难反驳的。然而,笔者认为,在推定概念上的混乱,其表现之一就是推定划分为法律推定与事实推定两种类型,而将推论与事实推定等同起来。这种类型划分与处理方式,混淆了推定与证明的概念,模糊了推定机制的功能与意义。尤其在刑事诉讼中,对诉讼证明有更高的要求,更不容司法人员随意变更证明标准降低证明要求转移证明责任。而在中国这种成文法体系中,承认事实推定更容易带来司法的随意性。

事实推定,有的又称允许性推定(permissive presumption),被视为一种“虚弱推定”。^[23]是指不是根据法律的强制性规定,而是根据案件的实际情况,由法官根据事实酌定权而做出的推定。美国《现代法律习语辞典》对推定作了如下解释:“推定(presumption)是指一种具有事实上或法律上可能性的法律推测。……在美国法中,法律上的推定和事实上的推定是一个最基本的区分。法律上的推定是指根据基础事实导出可反驳的假定事实的一种法律规划。事实上的推定仅仅是一个意见,是一个来自基础事实的推论,不必成为一个单独法律问题。……英国律师作了如下区别:(1)于法于权的推定,不可反驳;(2)法律的推定,可提出证据反驳;(3)事实上的推定,仅仅是一种推论。”^[24]

1979年美国联邦最高法院裁决的“纽约州阿尔斯特县法院诉艾伦”^[25]一案,是在美国刑事司法中适用推定的著名案例。最高法院在该案裁决中指出:“任何方式的宪法有效性的最终标准并没有削弱事实审理者依据州提出的证据来认定基本事实至排除合理怀疑程度的责任。因此,对强制性推定和允许性推定必须予以不同的分析。……至于允许性推定,仅告诉陪审团:它可以但不是必须依据基础事实认定被告有罪,因此,不是抽象地而是联系案件中的所有证据来检验推定的效力。”

法院陈述道:“因为这个允许性推定使事实审理者自由采信或者驳回这一推论,且并不转移证

[23] “在证明事实 A 时,即使对方当事人没有做出任何努力来反驳事实 B,那么,事实认定者可以而不是被要求去认定事实 B。评论者以不同的方式谈到这些许可性关系,将其看做虚弱的推定、许可的推定或者推论”。前引 [12], 艾伦等书,第 861 页。

[24] Bryan A. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage*, 2d Edition, Oxford University Press, 1995.

[25] 《美国联邦最高法院判例汇编》第 442 册, 1979 年, 第 140 页。

明责任，所以，依据案件事实，如果没有合理的方式使事实审理者获得做出推论所许可的联系，那么，它影响排除合理怀疑标准的适用。因为只有在那种情况下，才存在下面的风险：即向陪审团所做的许可性推论解释或者由陪审团对推论的适用会导致理性的事实认定者做出错误的裁决。”〔26〕

“至于强制性推定，则是一种易生问题的证据机制。因为它不仅影响排除合理怀疑证明负担的力量（strength），而且也影响证明责任的承担。它告诉事实审理者，必须依靠基础事实的证明发现要件事实，除非被告已经提出某些反驳两种事实间联系的证据。”〔27〕

由此可见，允许性推定，即事实推定，是在基础事实 A 和推定事实 B 之间创设特殊的关系，但这一关系的设立是事实审理者可选择接受的，而不是由法律规定强制进行的。换言之，在证明事实 A 时，即使对方当事人没有做出任何努力来反驳事实 B，那么事实认定者可以而不是必须去认定事实 B。而且，允许性推定不像强制性推定那样导致证明责任的转移，同时在证明标准上也同强制性推定不同。事实推定即允许性推定已如学者普遍承认的，即为推论。这种认识也为大陆法证据学理论所承认，如在日本，证据法学理论承认推定分为法律推定与事实推定，而事实推定“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”。〔28〕

承认事实推定（允许性推定），实际上混淆了推定与推论的界限，对此一些学者提出了不同意见和批评。美国学者格莱姆（Graham. M. H.）称：“推论与推定有时是可互换的，但二者并不同义。一个推论是一种关于存在特定的事实的结论，这一结论是在通常的推理过程中，通过考虑其他事实而获得。如果事实 A 被确立，事实 B 可以通过推理与逻辑从事实 A 中推导出来。因此，一个推论是事实发现者在其斟酌之下可以得出的一种演绎结论（deduction），而不是被法律所要求必须得出的结论。在某些情况下，一个推论也许是如此强有力，以致没有其他结论可以合理地被推出。然而，这是因为特定事实条件使然，而不是如同推定的情形——法律规则要求做出这样的结论。”他进而指出：“查阅相关案件以及文献，你会发现在允许而不是要求事实审理者在无反证时由基础事实推出某种结论的情况下，对‘推定’、‘事实推定’、或‘允许性推定’的使用并不符合已被接受的推定一词的定义。对推定的这种用法应当不再继续下去。当陪审团不是被法律规则所要求而得出某一结论而是通过推理和逻辑由事实 A 得出事实 B 的结论时，所用词语应当是‘推论’而不应当是‘推定’。”〔29〕

摩根指出：“戴尧、威格摩尔，美国法学会以及其他论者，一般均主张推定一词，应仅用以表示若甲事实于诉讼中一经确立，除非或直至另有特殊之条件构成，即必须假定乙事实之存在。此说为甚多法院所同意。所有法院均同意所谓‘推定’，应用于此种情形为正当，惟对于所谓条件一词，则有不同之见解。”〔30〕意即推定一词应当仅用于强制性推定的场合，此为“正当的”推定，而其他的应用则可能是有争议的。

威格摩尔亦称，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。他还说：“法律推定与事实推定的区别仅仅是借用已被误用的大陆法的词语。实际上只有一种推定，而‘事实推定’一词应当作为无用和引起混乱的东西予以废弃。”〔31〕

〔26〕《美国联邦最高法院判例汇编》，第 157 页。

〔27〕同上书。

〔28〕〔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。田口守一教授亦称：“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定事实”。引自〔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。

〔29〕Michael. H. Graham, *Federal Rules of Evidence*, West Group, 1996, pp.52-53.

〔30〕前引〔2〕，Edmund M. Morgan 书，第 58 页。

〔31〕Wigmore, *Evidence*, 1981 Chadbourm Rev. 2491.

我国台湾学者李学灯在对推定与事实推定概念进行深入的比较研究后也指出：“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。”〔32〕

可以说，承认“事实推定”（“允许性推定”）所产生的最突出问题是混淆了推定机制与证明机制的界限，因而在一方面可能导致证明机制的紊乱，另一方面也使推定机制的建立丧失了意义。众所周知，诉讼以事实为基础，认定事实，依靠证据，这就是证据裁判主义。这一原则，是现代诉讼的基石。然而，在实践中人们也认识到，某些事实需要认定却难以证明，某些事实由于诉讼经济的考虑和公认的盖然性的存在而不必按常规予以证明，某些事实需要一种机制来促使不愿提出证据的一方提出证据，因此，就促使人们在运行诉讼的证明机制的同时认可并推行了推定的机制。这种不同具体表现在证明责任的转换、证明标准的降低、证明方式的简易化以及证据充分性的减少。反之，将事实推定与事实推论不作区分，就意味着推定与证明相混淆，推定就会因此而丧失其存在的意义。另一方面，在混淆界限后也可能使证明机制发生紊乱——证明责任、证明标准、证明方式等会因此而受到推定机制的冲击导致模糊与混乱。因此，为了防止两种事实认定机制的混淆与紊乱，我们最好不要使用“事实推定”的概念。

否定“事实推定”的第二个理由是它可能与国家的法制原则发生冲突。诚然，如果将“事实推定”等同于事实推论，即认为采用间接证据，运用经验法则合乎逻辑地得出事实结论，这种推定就是证明，由于它遵循了公认的事实认定规律，并不破坏法制，也不损害诉讼当事人权利。然而，这种等同导致了相关概念和机制的模糊，因此没有必要使用“事实推定”一词，而只需使用“推论”（inference）、“推理”（deduction）等。但有人会反对这种说法，提出“事实推定”既区别于“法律推定”，也区别于证明性“推论”（即依靠间接证据进行证明的活动）。区别于前者，是因为它不是法定的，而是裁量的；不是强制的，而是允许性的。区别于后者，是因为它可能影响证明负担的程度，包括降低证明标准，即不需要达到“排除合理怀疑”的程度，只需要接近这种程度，如达到所谓“极有可能”的程度。〔33〕而且，事实推定也可能影响证明责任的承担，在事实推定的情况下，仍然可以转移证明责任。

如果将“事实推定”的概念在界定上既区别于“法律推定”，又区别于证明性“推论”，这就可能使“事实推定”的概念获得其存在的空间，从而成为一个有意义的概念。但是这样做，会产生另一个问题，即以“事实推定”制度冲击国家法制原则。推定制度设定的意义是改变证明责任分配的一般规则，而证明责任制度的本质是不利后果的承担，即不能有效承担证明责任一方承担败诉的后果。因此，证明责任制度就是一种风险分配制度，亦即诉讼利益分配制度。由于这一原因，除了民事诉讼中出于诉讼公正与效率的考虑在某些情况下赋予法官证明责任分配调整权外，证明责任必须依法分配，以防止随机分配带来的缺乏分配准则及可预期性，从而导致严重的司法不公。而在法律对证明责任已经做出明确分配同时法律又未授权的情况下，任何法官都无权随意改变这种分配方式。这一点，即使在承认“法官造法”的英美法系判例制度下也不例外。因此，美国联邦最高法院

〔32〕 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页。

〔33〕 例如美国联邦最高法院对刑事推定就采用了“极有可能”的标准。最高法院对“利里诉合众国”（Leary v. United States）案的裁决称：“我们认为，特德、罗马诺、盖尼案件的最终结果：一项法定刑事推定被认为是非理性的、主观武断的，因此，也是违宪的，除非有实质性把握说，那个推定事实极有可能产生于其所依据的而且已被证明的事实……”（《美国联邦最高法院判例汇编》第395册，1969年，第36页）

称法官在刑事案件中所作的“允许性”推定，不能改变证明责任分配。而在我国这样的成文法国家，如果允许法官在法律未授权的情况下创立可以改变证明责任、降低证明标准的允许性推定，更会破坏国家法制。因为在我国法制中，法官审判必须以法律为准绳，法官无权“造法”。因此，导致证明责任与证明标准改变的所谓“事实推定”，在我国目前的刑事法制中不能成立。

在刑事诉讼中，承认“事实推定”还会发生一个严重的问题，即冲击“无罪推定”原则。众所周知，无罪推定是刑事诉讼人权保障制度的基石，是通行的国际刑事司法准则，也是最重要的诉讼原则，其基本精神为我国刑事诉讼法第12条的规定所肯定。无罪推定的实际内容是要求控方承担证明责任，而且要求其证明至“排除合理怀疑”的程度，对此应当说是无争议的，虽然对证明标准的表述在不同的制度和语言中可能有所不同。当然，不能否认，由于刑事政策执行的要求，以及某些犯罪中的某些要素在控方证明上的困难，各国可能通过法律在某些犯罪的证明中，通过倒置或转移证明责任，以及通过降低证明标准，限制“无罪推定”原则的适用，即如“巨额财产来源不明罪”。然而，这种证明责任的倒置或转移，只能是个别的例外，而不应当普遍化，更不允许个别法官随意进行。因为如果法官可以根据案件情况随意地改变证明责任分配要求，降低证明标准，那么“无罪推定”就会荡然无存。

对此，有人也许会辩解说，在事实推定中降低证明标准，也只是降低某些事实要素的证明标准，如对主观方面的事实，包括明知、目的、预谋、共谋等，在实践中难以证明，因此可以降低证明标准，实行事实推定。这种主张的提出者往往引出重要的国际法律文件如联合国打击犯罪两公约作为依据。一是《联合国打击跨国组织犯罪公约》。根据中文文本，公约第5条的题目是，“参加有组织犯罪集团行为的刑事定罪”，其中第2款规定：“本条第一款所指的明知、故意、目标、目的或约定可以从客观实际情况推定。”（第6条第2款f项也有同样的规定）二是《联合国反腐败公约》。根据中文文本，公约第28条规定，“根据本公约确立的犯罪所需具备的明知、故意或者目的等要素，可以根据客观实际情况予以推定。”^[34]既然联合国打击犯罪两公约是约束各签字国包括我国的有效法律文件，这当然可以作为支持“事实推定”的重要依据。这样的论据看来十分有力。

然而，笔者认为，这种允许法官对犯罪构成的部分事实进行推定，以降低证明标准或转移证明责任推定的观点仍然不能成立。因为，证明标准设定所针对的事实，是案件的定罪事实，即影响构成犯罪的全部要件事实。而犯罪的主观方面的事实，也属要件事实，如果其证明未能达到排除合理怀疑的程度，那么，其定罪就未能达到证明标准。这在诉讼法和证明法理论上应当是十分清楚的。^[35]因此，无罪推定原则以及关于证明责任、证明标准的法律规定，适用于全部要件事实的证明，除非因特殊的政策性原因等，由立法对个别犯罪的证明进行特别调整。

同时还需要指出，排除合理怀疑的证明标准（包括“内心确信”标准或“案件事实清楚、证据确实充分”的标准），并不是一个没有任何弹性的标准，在这个标准之下，客观行为的证明度较之主观要件事实的证明度更高，而后者略低，这应当是司法现实主义所承认的。然而，我们不能以某些案件主观要件证明要求略低于客观要件事实，就认为是推定，因为推定是一种特殊的法律机制，其应用总是触及合法性与公民权利这两个敏感问题，因此必须依法确认，不能随机和随意地进行。

至于不少论述推定文章所引联合国的两个文件中规定的所谓“推定”条款，笔者经核对原件，认为是译者误译，引者误引，以致以讹传讹，导致普遍的误解。根据从联合国网站下载的《联合国打击跨国组织犯罪公约》的英文文本，第5条第2款的规定是：“The knowledge, intent, aim,

[34] 以上两公约中的引文引自陈光中主编：《21世纪域外刑事诉讼立法最新发展》，中国政法大学出版社2004年版，第3、4、35页。

[35] 如美国联邦最高法院判决的温斯普案，确立了一个重要的刑事证明原则，即正当程序条款要求控诉方证明构成所指控犯罪所必需的每一个事实至排除合理怀疑程度。见《美国联邦最高法院判例汇编》第421册，1975年，第684页。

purpose or agreement referred to in paragraph 1 of this article may be inferred from objective factual circumstances.” 请注意，这里的用语是“infer”，而非“presume”，因此应当译为“推论”，而非“推定”。第6条第2款f项的规定以及《联合国反腐败公约》第28条的规定亦同，也是使用“infer”，而未用“presume”。可见，联合国相关文件并未规定可以对这些犯罪的主观方面适用推定机制，而是要求在没有被告供述的情况下，可以根据客观实际情况做出有关的推论即判断。这里的关键在于，如果是用“推定”，则导致证明责任转移，即由被告承担相关事实证明责任，如果不能证明，则推定其具备相关构成要件事实。而且适用“推定”，还会导致降低证明要求，包括降低证明充分性的要求以及不适用“排除合理怀疑”的较高证明标准。但从立法背景和有关文本解释看，这两个国际法律文件并没有转移证明责任和降低证明标准的要求，因此不使用“推定”（presume）而使用“推论”（infer）一词。而且文本中规定做出推论的基础是客观的事实情况（objective factual circumstances），如前所述，这是对推论的要求，而非作为“推定”前提的某一个或某几个事实构成的基础事实（basic fact or basic facts）。鉴于推定与推论是两种不同的证明机制，存在原则性的区别，建议有关部门对相关中文文本进行修改，并提请联合国有关机构在中文文本制作中注意这一问题。

当然，各国在其国内法律实践中贯彻联合国文件，不排除根据这个推断条款进一步设定推定机制，即对这些犯罪中的某种特殊类别的犯罪，就其构成要件的某一部分实行推定——转移证明责任。然而，即使适用推定，这种推定只能是法律推定而非事实推定——即由法律明确规定实行推定，如果没有法律的明确规定，任何法院或法官不得擅自推定。

四、我国刑事立法中的推定规范

推定制度本身是一项证据制度，但它在立法上的一个重要特点是，推定规范除一般原则性规定外，是由实体法所确立的。刑事推定规范，通常是由刑法法典及刑事特别法所确立的。因此如何确认和理解刑法立法中的推定规范，是推定制度司法运用的一个前提性问题。

在刑事实体法中，有两种类型的推定规范，一种是所谓“结论性推定”，一种是“可反驳推定”。后者是证据法意义上的推定，因为它涉及证明过程，影响证明责任和标准。而“结论性推定”是不可反驳的。因此，英国学者J·W·塞西尔·特纳称：“不可反驳的推定…虽然在形式上与证据法相联系，但实际上却是程序法语言表示出来的实体法规则。”^[36]摩根指出：通常所称“决定性之推定”，“例如某人之年龄未满七岁之事实业已确立，则某人即无犯重罪之能力，自为决定性之推定。此仅系对于实体法上一种法则说明之方法，即未满七岁之人依法不能论以重罪而已”。^[37]因此，结论性推定并不涉及证据问题，属于实体法规范而非证据法规范。对此认识，应当说并无大的分歧。^[38]

此外，法律规范中的法律效果拟制，有别于推定。所谓拟制法律效果（artificial effect），是指立法者出于某种目的，在一定条件下，将某一法律行为（要件事实）“视为”（deeming）另一不同

[36] [英] J·W·塞西尔·特纳：《肯尼刑法原理》，王国庆等译，华夏出版社1989年版，第486页。

[37] 前引[2]，Edmund M. Morgan书，第57页。

[38] 然而，也有学者不适当地将其纳入证据法范围。如劳东燕《认真对待刑事推定》一文，虽然在文前将立法中的结论性推定认为是实体法规则，但又将其作为“立法型推定”、“法理型推定”，而与所谓“司法型推定”一起梳理出44个所谓“推定”，认为这些推定“在放松控方证明要求的同时又将存疑风险转移到被告人身上，背离了排除合理怀疑的证明标准，直接危及无罪推定原则所保护的价值与利益”，因此呼吁“认真对待刑事推定”。这样的逻辑结论显然是不妥当的，因为所谓的44个推定，多数不涉及证据法和无罪推定问题。参见劳东燕：《认真对待刑事推定》，《法学研究》2007年第2期。

性质的法律行为。如刑法第 267 条第 2 款规定，携带凶器抢夺的，依照抢劫罪定罪处罚。在效果拟制的情况下，涉及构成要件的“该当性”，并不涉及事实的判定问题，因此不属于推定。

有学者认为刑法第 125 至 128 条关于枪支、弹药、爆炸物的犯罪，刑法第 144 条生产销售有毒、有害食品罪等“抽象的危险犯”，因危险系法律已确定而不须在个案中作为证明对象，因此其规范系推定规范，即对公共安全与健康的“危险推定”，但属不可反驳的强制性推定。^{〔39〕}这样界定，使这些犯罪中所包含的危害社会尤其是危害公共安全的现实危险性，不适当地被当作“推定的”危险。这应当说是误用推定一词。因为从词义上看，“推定的危险”，只是一种“假定的危险”、“推测的危险”，而非“现实的危险”。而“刑法中的危险，是指危害行为对刑法所保护的社会关系足以发生实际损害的现实可能性。”“危险犯不同于行为犯的关键之处是危险犯的行为不仅具有发生实害结果的危险，而且该行为使客体遭受实害的危险状态已经现实地发生！”^{〔40〕}如果使用“推定危险”的说法，就使危险成为不确定的因素，这不符合刑法关于危险犯的原理以及立法的原意。

还有学者认为，刑法中生产、销售特定商品的所谓“危险型犯罪”，^{〔41〕}因为“侵犯了消费者的经济利益，而且危及到消费者的人体健康和人身安全，具有较大范围的潜在受害者，法律惩治这类危险犯就是为了预防较大范围人身伤亡结果的发生。因此，行为人只要实施了上述生产、销售特定商品的行为，就可以推定其具有主观的故意，至于行为人对可能发生的危害结果持一种什么态度，可以在所不问。”^{〔42〕}这种观点，似乎是以行为的危险性即可能的危害性为推定设立的理由，这种理由在推定设定根据论证中似乎从未见过。如果能够成立，似乎一切有严重危害性的故意犯罪均可进行故意推定，而已经造成危害结果（而非存在“危险”）的故意犯罪更是可以对其犯罪故意实行推定。这一逻辑显然不能成立。

还有一种观点，是将奸淫幼女的犯罪，视为推定性犯罪，即推定“明知”为幼女。这一观点应当说有一定根据，因此为部分学者持有。^{〔43〕}但笔者亦不赞同。因为 2003 年 1 月最高法院《关于构成嫖宿幼女罪主观上是否具备明知要件的解释》明确规定：“行为人明知是不满十四周岁的幼女而与其发生性关系，不论幼女是否自愿，均应依照刑法第二百三十六条第二款的规定，以强奸罪定罪处罚；行为人确实不知对方是不满十四周岁的幼女，双方自愿发生性关系，未造成严重后果，情节显著轻微的，不认为是犯罪。”这里，是对对幼女的“明知”，明确作为犯罪构成要件事实，而构成要件事实是必须控方证明的，除非法律明确规定证明责任转移，因此这里并不成立“明知”推定。至于有人认为“确实不知……，不认为是犯罪”的规定具有推定及转移证明责任的含义，这一理解似乎难以成立。因为该答复明确规定“明知”为要件事实，这清楚地表明应由控方证明，而且“确实不知”的情况，是控方调查案件获取各种证据所做出的结论，而不应当仅仅是被告的辩解，而被告的辩解在没有明确其举证义务（即证明责任转移）的情况下，只能理解为一种法律上的权利。就如法律规定，实施了某一客观行为即可构成犯罪，反之如果确实没有实施这一要件行为就不构成犯罪一样，后一分句是对定罪的要件事实从反面做出进一步的确认和说明，并不意味着证明责任转移和推定。应当说，以上所谓推定，相对容易辨析，而目前争议较大而为不少学者所持有因此需要进一步辨析的一种观点，是所谓“持有型犯罪”规范属于推定规范的问题。

有关持有型犯罪的法律规范，是在我国刑事法逐步完善过程中发展起来的。1979 年制定《中华人民共和国刑法》，设有私藏枪支、弹药的犯罪规定，应属持有型犯罪的一种类型。1988 年全国

〔39〕 前引〔38〕，劳东燕文。

〔40〕 鲜铁可：《刑法中的危险犯》，中国检察出版社 1998 年版，第 5、25 页。

〔41〕 包括刑法第 141 条规定的生产、销售假药罪，第 143 条规定的生产、销售不符合卫生标准的食品罪和第 145 条规定的生产、销售不符合卫生标准的医疗器械罪。

〔42〕 李恩慈：《刑法中的推定责任制度》，《法学研究》2004 年第 4 期。

〔43〕 前引〔38〕，劳东燕文；前引〔42〕，李恩慈文。

人大关于惩治贪污贿赂犯罪的决定，设立巨额财产来源不明罪，而在1997年修改刑法时，将该罪的规定修订吸收于刑法中。1997年刑法除了持有来源不明的巨额财产的犯罪规定外，还同时确立非法持有枪支弹药、非法持有伪造的货币、非法持有国家绝密、机密文件、资料或其他物品、非法持有毒品、非法持有毒品原植物种子或幼苗罪等。持有型犯罪具有比较特殊的行为特征，有的学者认为是独立于作为犯罪、不作为犯罪的第三种犯罪类型。^[44]这类犯罪的确立，被认为体现了刑事法的相对模糊性。^[45]

持有型犯罪的确立，为我国证据法和证据法研究提出了新的课题。^[46]本文所要回答的，是其中的推定与证明责任问题。

第一，持有型犯罪中控方承担的证明责任包括哪些内容。

有的学者认为，持有型犯罪的法律规定降低和转移了本应由控方承担的证明责任。控方只需对基础事实进行证明，所谓基础事实，就是嫌疑人非法持有违禁品或一定数额财产的事实。除了法律有特别规定的以外（如刑法第172条关于持有伪造货币罪的明知规定），控方不需要对嫌疑人的明知等主观要件事实予以证明。

笔者认为，根据无罪推定的原则以及证据法的举证法理，控方应当对犯罪构成要件的全部事实承担证明责任，但法律规定证明责任倒置或转移的除外。对持有型犯罪的证明亦同。控方应当证明客观要件事实，也有责任证明主观要件事实。不过证明的方式有所区别。对于客观要件事实，持有型犯罪只需证明两方面的具体要件事实。其一是嫌疑人持有犯罪对象（违禁品或财产）的事实。所谓“持有”（possession），是指实际的控制支配。控方必须证明嫌疑人能够对该对象进行实际的控制支配。其二是嫌疑人非合法持有的事实。即嫌疑人的持有没有合法的根据。如嫌疑人持有的巨额财产明显超过其合法收入，因此没有合法持有根据；又如持有枪支、弹药、毒品、假币等，不是依法配给或保管的。

除了客观要件事实，控方还应当对嫌疑人的主观要件事实进行证明。我国刑法中的持有型犯罪均为故意犯罪，这一点应无疑义。然而，有的学者认为持有型犯罪除刑法第172条对“明知”做出特别规定的外，其余均属“严格责任犯罪”，只要证明持有就无需证明其是否具有主观故意，其刑事责任即成立。^[47]这一观点显然不适当地加重了被告人的刑事责任，也不符合我国的刑事司法实践。应当认为，刑法第172条明确规定“明知”及其内容，只是由于伪造的货币与枪支、弹药、国家机密文件等对象不同，为了能够流通，伪造币通常与真币在表面上差别不大，持有伪造货币，既可能“明知”，也可能不知，因此刑法在犯罪构成上为了区别罪与非罪强调了该罪的“明知”要素。这一规定并不意味着只要求该罪应为“明知”，而其余未规定的就不须具备“明知”条件。就如其其他绝大多数故意犯罪条款，并未明确规定“明知”，但“明知”即犯罪故意的认识因素仍然是构成犯罪的主观要件内容一样，而真正值得讨论的问题，是控方是否在每一案件中负有举证证明被告“明知”的责任。

笔者认为，控方承担犯罪构成主观要件的证明责任，是控方承担证明责任的基本内容之一，这一责任除法律做出特别的例外规定外，不得随意进行卸除和转移。因此，对持有型犯罪，控方仍然应当承担证明嫌疑人犯罪故意尤其是“明知”的责任。不过，具体的证明方式可以视案件情况而

[44] 参见石英：《持有型犯罪争点探微》，《政法论坛》2001年第1期。

[45] 参见杨春洗、杨书文：《试论持有行为的性质及持有型犯罪构成的立法论意义——以持有假币罪为理论起点》，《人民检察》2001年第6期。

[46] 对持有型犯罪，从刑法角度已经有大量的研究文章以及部分论著。其中相当一部分不可避免地涉及证据问题。但不客气地说，我国刑事实体法学者对这一问题从证据学角度研究还显得不够专业，准确性与深度尚有欠缺，而从诉讼法和证据学角度的专门研究又十分不足，因此，可以说这是一个十分有意义有价值的研究课题。

[47] 参见陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1992年版，第315页。

定。例如，通常情况下，可以通过嫌疑人非法持有的时间、具体的方式方法等判断其明知，而不需要专门举证证明其主观方面。这一点在其他案件的“明知”证明中也适用。因为，主观意识和意志因素会通过行为使其外化，而外化的客观行为即成为判断主观要件内容的根据，尤其是在嫌疑人就主观要件事实为自己辩护的情况下。但是，如果被告方提出不“明知”，控方则应就其明知问题举证，并承担说服责任。

第二，持有型犯罪中被告方是否应当承担证明责任；如果承担，应属何种性质的证明责任。

有的学者认为，持有型犯罪，在控方已经承担对基础事实进行证明的责任以后，证明责任转移给被告方，如果被告不能有效履行其证明责任，则应当承担认定其有罪的不利后果。^{〔48〕}

笔者认为，一般地认定持有型犯罪中证明责任转移的观点是不妥当的。如上所述，在无罪推定和控方承担证明有罪责任的原则之下，证明责任转移应当有法律根据。只有法律明确规定被告人承担证明责任时，才出现责任倒置或转移的情况。否则，被告人为自己辩护并举证证明其辩护主张，只能视为一种权利，而不应当视为其义务与责任。^{〔49〕}

具体而言，刑法第395条规定，“国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入，差额巨大的，可以责令说明来源。本人不能说明其来源是合法的，差额部分以非法所得论，处五年以下有期徒刑或者拘役，财产的差额部分予以追缴。”刑法第282条第2款规定，“非法持有属于国家绝密、机密的文件、资料或者其他物品，拒不说明来源与用途的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”这两条规定，赋予行为人（持有视为行为）对有关问题进行说明的责任，并且规定行为人不履行或不能有效履行这一法律责任时承担被定罪的不利后果。

这两条规定，属于证明责任转移的立法例。首先是控方对基础事实的证明——国家工作人员财产或支出明显超过收入以及行为人非法持有国家绝密、机密材料。然后是要求行为人说明持有根据（来源、用途），即转移证明责任。一旦行为人未能履行或有效履行其说明责任，则承担被定罪的不利法律后果。不过，第395条巨额财产来源不明罪的规定，使用了“可以责令说明来源”的措词，其中“可以”一词使用不妥，因为证明责任的转移应当是法定的、强制的，而不应当是随意的——可以责令，也可以不责令。这里使用“可以”一词，增大了司法的随意性，而且未能充分体现这一立法本欲体现的通过转移证明责任从严打击腐败犯罪的要求。再从条文的内在逻辑关系看，该罪的定罪条件是“本人不能说明来源是合法的，差额部分以非法所得论”。因此，转移证明责任，由被告承担说明（即证明）责任是定罪的必备条件。从司法实践看，这类案件办案机关均会以法律规定为据，要求嫌疑人说明来源，只有在嫌疑人不能说明其来源是合法时才能定罪。因此，虽然该法律条款转移证明责任的规定已经通过“责令”的要求以及关于定罪条件的规定得到确认，但为用语准确，在法律修改时应将“可以”改为“应当”。

尚需略加说明的是，说明来源（及用途），是否属于证明责任。应当看到，行为人根据法律要求说明有关情况，其说明本身即具有证据效力（属嫌疑人、被告人口供），其说明行为即应视为履行举证责任，法律不是单纯要求其举证，而且要求其“说明”，说不清道不明的，视为未能有效履行其责任。因此这里的说明，应当是具有“合理的可接受性”的情况说明。即通过说明，使司法机关能够合理地接受其说明的情况，因而消除或基本消除其犯罪嫌疑。为此，行为人往往需要举出其他证据来使自己的说法成立。这样，“说明”可以是“单纯说明”（如果其说明本身即具有“合理的可接受性”的话），也可能是所谓“复杂说明”，即为自己说明的情况提供一定的证据作为依据，包

〔48〕 刑法第282条第2款没有使用第395条“责令”的措词，而是规定“拒不说明”及其法律后果。拒绝说明的前提应当是“责令说明”，因此，虽然第282条第2款规定更为简练，但与第395条转移证明责任的规范要求的相同。而且第382条第2款没有使用第395条中“可以”的措施，使这条责任转移的规定更为明确并更加具有强制性。

〔49〕 其区别在于权利行使与否不是当然地导致不利后果，而义务与责任则以不利后果为其实质。

括提供查证核实本人所说明的情况的线索（让司法机关去查证核实）。因此，这种“说明”要求，既是一种举证责任要求，同时也是一种履行某种“说服责任”的要求。^{〔50〕}

其他持有型犯罪，由于法律并未对持有行为人课以“说明”等证明责任，在无罪推定及控方承担证明责任的基本原则之下，司法机关和人员不能无端地（即没有法律根据地）转移证明责任，否则应属对被告权利的侵犯以及对法制原则的违反。

第三，持有型犯罪中是否存在法律推定；如果存在，应当如何认识。

在证明责任问题阐述后，推定问题就比较容易说明。在无罪推定原则之下，对公民做有罪推定必须十分慎重，必须有法律依据。在刑事诉讼中的有罪推定，通常情况下是证明责任转移后，被告方不能有效履行其证明责任而产生不利法律后果的逻辑管道。

在我国现行刑法中，只有第282条第2款非法持有国家绝密、机密文件、资料或其他物品以及第395条第1款巨额财产来源不明罪这两种罪的法律规定中，存在推定规范。其他持有型犯罪不存在推定规范，在司法实践中对要件事实不得进行推定。

五、刑事司法解释中的推定

我国的刑事司法解释中是否设有推定，哪些属于推定，应当说这是一个言之未明而且缺乏研究因此并无定论的问题。之所以司法解释言之未明，笔者认为主要原因有三：一是因无罪推定原则以及控方承担证明责任这一基本原理的影响，创设（有罪的）推定总是存在一个正当性问题，这是一个敏感问题，因此有关机关不便擅言设立推定。二是因为在中国的法律体制中，司法解释有一种特殊的功能。它不属于立法，但又能解释立法甚至在某种程度上充实立法。推定涉及诉讼利益分配，本应由法律设定，但最高法院能否根据司法实际需要通过对司法解释设立某些推定，这是法律体系中不够明确的问题，因此，有关机关在用语和规范解释上采取了一种比较谨慎的态度。三是因为推定的概念仍需要解释，哪些是推定规范哪些不是，应当说有关机关和人员也存在一个“拿不准”的问题。因此，目前的刑事司法解释中，均未使用“推定”的说法。

有学者认为，最高法院及有关部门就有关犯罪的明知、目的及性质认定的规范，属于推定规范，如最高法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》、《关于办理与盗窃、抢劫、诈骗、抢夺机动车相关刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，以及最高法院与其他机关联合发布的《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》等文件中的相关规定。^{〔51〕}笔者不赞同这种缺乏分析缺乏论证的看法，认为最高法院司法解释的有关规定，具有不同的规范性质，通过分析其规范法理，大致包括以下几种情况：

第一种情况，为便于司法操作，对定罪规格做出规定。

最高法院于1996年12月发布的《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》第2条第3款规定：“行为人具有下列情形之一的，应认定其行为属于以非法占有为目的，利用经济合同进行诈骗：

（一）明知没有履行合同的能力或者有效的担保，采取下列欺骗手段与他人签订合同，骗取财物数额较大并造成较大损失的：

（1）虚构主体；

〔50〕 人们普遍认为，刑事证明责任中举证责任可以转移，而说服责任始终在控方。对此，笔者不敢苟同。被告人有效履行举证责任，也是同时在履行说服司法机关认定自己无罪的责任。法律规定的“说明”要求，可以被认为既包含举证责任，又包含说服责任。笔者系两种责任统一论者。

〔51〕 前引〔38〕，劳东燕文。

- (2) 冒用他人名义；
- (3) 使用伪造、变造或者无效的单据、介绍信、印章或者其他证明文件的；
- (4) 隐瞒真相，使用明知不能兑现的票据或者其他结算凭证作为合同履行担保的；
- (5) 隐瞒真相，使用明知不符合担保条件的抵押物、债权文书等作为合同履行担保的；
- (6) 使用其他欺骗手段使对方交付款、物的。

(二) 合同签订后携带对方当事人交付的货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产逃跑的；

(三) 挥霍对方当事人交付的货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产，致使上述款物无法返还的；

(四) 使用对方当事人交付的货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产进行违法犯罪活动，致使上述款物无法返还的；

(五) 隐匿合同货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产，拒不返还的；

(六) 合同签订后，以支付部分货款，开始履行合同为诱饵，骗取全部货物后，在合同规定的期限内或者双方另行约定的付款期限内，无正当理由拒不支付其余货款的。”

“自由心证”，即根据经验对证据能否证明某一事实做出自由评价，是现代诉讼制度中证明力评断的一般原则，因此通常无需通过法律或司法解释对这种判断进行规制。而最高法院就合同诈骗罪的证据事实判断做出上述规定，是由于合同诈骗罪的认定，尤其是行为人非法占有目的的确证，在司法实践中存在疑难。最高法院基于实际问题，总结实践经验，区别不同情况，选择上述六种作为认定理由，其目的是指导法官判案实践，统一司法认识。

笔者认为，一般情况下，出现这六种情况中的任何一种，认定行为人以非法占有故意实施合同诈骗的犯罪行为都是比较合理有据的。因为行为人的行为目的和性质既可以从其供述以及有关的书证、视听资料中直接说明，也可以从其实实施的行为中通过推理予以间接证明。如上述第一种情况，行为人明知自己没有履约能力或有效担保，采取虚构主体、使用伪造单据等手段签订合同，骗得他人财物造成他人经济损失，根据这些情况，应当说一个具备经济与社会活动一般知识的人，通常情况下可以推断行为人具有非法占有他人财产的目的进而构成合同诈骗。再如合同签订后携带当事人交付的钱财潜逃，或者在合同签订后，不履行合同义务而挥霍当事人交付的钱财等，均可合理推断行为人具有非法占有他人钱财的犯罪目的并实施了诈骗犯罪行为。而且上述条款中的事实认定要求被统一纳入定罪要求中（根据相关事实即可认定“以非法占有为目的，利用经济合同进行诈骗”，从而构成合同诈骗罪），因此，上述规定，是如何认定合同诈骗罪的所谓“定罪规格”的规定。这类规定，是以一种条文化的，比较简单的方式概括司法实践中的不同情况，为法官认定合同诈骗罪给予指引。在这些规定中，既没有降低证明标准使认定具有“假定”性，又没有转移证明责任让被告承担证明义务，因此不是推定。

第二种情况，就某些要件事实的“推论”做出解释性规定。

在以“明知”为前提的部分故意犯罪中，行为人是否明知，可能成为能否定罪的关键，但在嫌疑人不承认明知的情况下，靠间接证据确定其“明知”，在实践中有一定难度。最高法院及有关机构，对某些犯罪的明知认定，做出了规定。这些规定应如何理解，是否属于推定因而适用推定机制处理其事实认定问题，是司法实践和法学研究中需要解决的一个问题。

例如，最高人民法院、最高人民检察院、海关总署于2002年7月发布《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》，其中第5条规定“关于走私犯罪嫌疑人、被告人主观故意的认定问题”：

“行为人明知自己的行为违反国家法律法规，逃避海关监管，偷逃进出境货物、物品的应缴税额，或者逃避国家有关进出境的禁止性管理，并且希望或者放任危害结果发生的，应认定为具有走私的主观故意。

走私主观故意中的“明知”是指行为人知道或者应当知道所从事的行为是走私行为。具有下列情形之一的，可以认定为“明知”，但有证据明确属被蒙骗的除外：（关于非强制性推定问题）

- （一）逃避海关监管，运输、携带、邮寄国家禁止进出境的货物、物品的；
- （二）用特制的设备或者运输工具走私货物、物品的；
- （三）未经海关同意，在非设关的码头、海（河）岸、陆路边境等地点，运输（驳载）、收购或者贩卖非法进出境货物、物品的；
- （四）提供虚假的合同、发票、证明等商业单证委托他人办理通关手续的；
- （五）以明显低于货物正常进（出）口的应缴税额委托他人代理进（出）口业务的；
- （六）曾因同一种走私行为受过刑事处罚或者行政处罚的；
- （七）其他有证据证明的情形。”

笔者认为，上述规定应属依靠间接证据进行“推断”，而非“推定”。因为行为人采用逃避海关监管的方式、设备或工具，选择逃避监管的地点，采用虚假的商业单证，或以明显低于正常应缴税额委托他人代理业务等情况，一般情况下，均可反映行为人对走私的“明知”，据此可以合乎逻辑地推断出行为人的犯罪故意。而且这些规定是允许的而非强制的，同时，这些规定并未转移证明责任。

有人也许不同意上述看法，认为上述规定中的“但书”——“但有证据明确属被蒙骗的除外”，意味着举证责任的转移——被告方应提出反证。一旦证明自己确属受到蒙骗，那么上述“明知”认定不再成立。

笔者认为，这一“但书”不能作为推定成立的根据。其一，认定事实的可反驳性，不仅是推定的特征，也是使用间接证据认定事实的一般特征。也就是说，如果依靠直接证据认定事实，由于直接证据是能够直接说明案件主要事实（何人犯何罪）的证据，因此，一旦直接证据查证属实，其反证即无罪证据就不能成立。然而，在没有直接证据的情况下，依靠间接证据即各种“情况证据”定案，认定事实具有“推断”即逻辑推理的特性，这种推断可能具有很大的可能性即盖然性，但不是不可反驳的。因此不排除进行推断的基础性事实与反驳这一推断结论的证据事实并立不悖的情况。例如，行为人以明显低于货物正常进（出）口的应缴税额委托他人代理进（出）口业务，这通常可以作为认定具有走私故意的依据。但如有证据证明，行为人确实不熟悉进出口业务，在应缴税额上出现认识错误，那么，在以明显较低的税额委托他人代理进出口业务这一客观事实成立情况下，其并无走私故意的辩解仍可能成立。因此，不应以可反驳性作为“推定”的独有特征并据此确认上述规定为推定规范。

其二，这里的“但书”并未规定被告人的证明义务。“有证据证明”既包括控方搜集证据证明，也包括辩方提出证据证明。关键在于，上述条款并未规定被告方（辩方）负有的证明义务。因此完全可以理解为：根据无罪推定及控诉方对其指控主张承担证明责任的原理，首先应当由控诉方承担控诉事实成立而辩护性事实不成立的证明责任，另一方面，辩护方有权（而不是有责任）提出辩护意见及其证据。控诉方应当核实这些证据，如果证据属实，那应当据此否定其“明知”。

最高法院2000年11月发布的《关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第10条规定，“刑法第345条规定的‘非法收购明知是盗窃、滥伐的林木’中的明知是指知道或应当知道，具有下列情形之一的，可以视为应当知道，但是有证据表明属被蒙骗的除外：（1）在非法的木材交易场所或者销售单位收购木材的；（2）收购以明显低于市场价格出售的木材的；（3）收购违反规定出售的木材的。”这一司法解释中对“明知”的规定，也应当属于对要件事实的“推论”所做出的解释性规定，理由如前不赘。

第三种情况，转移证明责任，设定推定规范。

最高人民法院、最高人民检察院于2007年5月，发布施行《关于办理与盗窃、抢劫、诈骗、抢夺机动车相关刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2007〕11号），规定行为人明知

是盗窃、抢劫、诈骗、抢夺的机动车，而实施买卖、抵押、拆解、拼装、更改车辆标识等行为的，以及国家机关工作人员明知是盗窃、抢劫、诈骗、抢夺的机动车而办理登记手续的，分别构成掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪以及滥用职权罪。该司法解释第6条规定，有以下两种情况之一的，应当认定行为人主观上属于上述条款所称“明知”：（一）没有合法有效的来历凭证；（二）发动机号、车辆识别代号有明显更改痕迹，没有合法证明的。

以上规定，也是由客观情况认定行为人主观上的“明知”并进而确定其具备犯罪主观要件的又一司法解释例。笔者认为，从证据法意义上分析，上述规定属于推定规范。

首先从规范法理上分析。没有合法来源证明即认定来源非法，属于证明责任转移及推定的证据法规范。因为上述规定实际上是要求涉机动车犯罪的涉嫌行为人就其买卖、拆解等行为承担提供合法来历的证明，而在控方承担证明责任的无罪推定一般原则之下，这是转移证明责任的规范。而在证明责任转移的情况下，一旦责任承担方不能有效履行其证明责任，则不需对方进一步证明，责任承担方应承担不利推定的后果。这是证明责任转移与推定的内在联系的体现。也就是说，如果行为人不能提供合法来历凭证或合法更改证明，则应推定其实施了对非法车辆进行交易或改装等掩饰、隐瞒犯罪所得等违法犯罪行为。

这里亦需说明，虽然该司法解释的有关规定针对的是“明知”的认定，但“明知”车辆来源非法，是以没有合法有效证明，因而推定车辆来源非法为前提的。因此，这里不能将推定车辆来源非法与推定“明知”其非法来源截然分开。因为前者是后者的前提条件——没有来源非法的推定，就没有明知的推定。

其次，从司法解释产生背景及解释理由分析。2007年5月两高关于涉机动车犯罪的司法解释，是对1998年5月“两高”、公安部和国家工商局联合制定的《关于依法查处盗窃、抢劫机动车案件的规定》（下称《1998年规定》）的修改和替代。《1998年规定》第17条规定了“明知”的问题，即：

“本规定所称的‘明知’，是指知道或者应当知道。有下列情形之一的，可视为应当知道，但有证据证明属被蒙骗的除外：

- （一）在非法的机动车交易场所和销售单位购买的；
- （二）机动车证件手续不全或者明显违反规定的；
- （三）机动车发动机号或者车架号有更改痕迹，没有合法证明的；
- （四）以明显低于市场价格购买机动车的。”

根据参与司法解释制定的最高人民检察院研究室韩耀元等人的介绍，相比之下，新规定对原规定主要作了三点修改。一是删去了《1998年规定》第17条第2款中（一）项的规定。因为考虑到国家对于二手车交易管理是逐步放开的趋势，而且在非法交易场所和销售单位购买的，一般没有合法有效的机动车来历凭证，因此现有规定能够解决这个问题。二是删去了（四）项的规定。主要是考虑到，机动车的价格变化较大，买卖机动车，尤其是二手车的情况复杂，实践中对于如何把握“明显低于市场价格”争议较大，因此，价格虽然可以作为综合判断是否是赃车的因素之一，但将其单独作为标准之一难以掌握。三是删去了第1款中的但书——“有证据明确属被蒙骗的除外”。这主要是考虑到，实践中，如何认定“确属被蒙骗”争议很大。买赃嫌疑人一般都强调自己是被蒙骗。尤其是在一些买卖赃车严重的地区，买赃人在公安机关查获赃车后均辩解赃车是由他人代为购买，自己无法识别发票真伪以及车辆的“两号”是否被更改，属于不明知赃车而购买。因代购人的身份、下落无法查实，《1998年规定》对买赃车人的举证义务规定也不够明确，致使此类案件往往不了了之，严重影响了对于盗抢机动车犯罪的打击力度。一般来讲，如果“机动车没有合法有效的来历凭证或者机动车发动机号、车辆识别代号有明显更改痕迹，没有合法证明的”，就可以认定行

为人“明知”，这在司法实践中比较有把握。^{〔52〕}

以上说明，2007年司法解释较之《1998年规定》，除了总结实践经验使认定明知的条件更为简洁合理更有把握以外，还进一步明确了行为人的举证责任。因为司法解释所保留的认定明知的两种情况，都要求行为人提出证据证明其行为的合法性即不“明知”为赃车。如果行为人未能履行这一责任，将被认定为“明知”是赃车。鉴于推定系证明责任转移的情况下，未能有效履行证明责任的将行为人将被确认不利事实的一种机制，这一认定应属推定。

在这里，还有一点必须辨析，如果成立推定，鉴于“解释”已经取消《1998年规定》中的但书，即“但有证据证明属被蒙骗的除外”的规定，是否应当认为，这一推定是不可反驳的，因此不是一般意义上的证据法中的推定，而是具有法律意义的一种设定，即在符合两个条件之一的情况下，只能认定行为人“明知”。

笔者认为，“解释”中关于“明知”的认定条件，具有事实认定的性质，具有证据法的意义。而事实与证据的认定，都应当是可以反驳的，否则就成为过去那种“法定证据制度”，因此违背了事实认定过程的可争议、可反驳性质以及“自由心证”原则。而在司法实践中，不排除虽然具有上述条件之一，但参与的行为人可能因某种特殊情况而不“明知”来源非法等。例如，伪造车辆来源凭证而且已达到以假乱真的程度，通常情况下行为人难以辨识。这可以作为对“明知”的抗辩理由。

而“解释”取消但书，即如前引韩耀元等人文章所解释的，是因为在实践中如何认定“确属被蒙骗”争议很大，导致对这类案件往往打击不力。加之新的规定将原规定中认定“明知”的四种情况删减为两种，去除了争议性较大的两种情况，使认定“明知”更有把握。因此，从这两个方面考虑，保留“但书”的明确规定必要性不大。然而，这里存在一个问题——删除但书是否意味着只要出现这两种情况之一，就必须认定为“明知”。对此，笔者认为，不能因为这一删除而否定任何理性的证据制度中都贯彻的一个不言而喻的基本原理，即任何证据事实的认定都应当是可反驳、可证伪的，只要反证有效而且有力。^{〔53〕}因此，虽有上述情况之一，但是只要嫌疑人能够提供合理说明及根据反驳“明知”，该推定就不能成立。

最后，还要回答一个问题：最高法院创立的规定，属于何种类型——是法律推定，还是事实推定。笔者认为，鉴于最高法院以司法解释创立的推定，属于法律解释规范，这些规范具有法律规范的特征，即明确的规范性，而且是预先设定的、统一适用的、各级法院和法官在审判中必须遵行的，因此符合所谓法律推定的特征而不属于事实推定。而且事实推定本身是一个模糊概念，在我国刑事法制中更无存在余地。

六、余论：推定的创制与规制

推定是克服诉讼中的证明困难从而实现一定的政策目的的有效工具，因此，我们肯定诉讼中包括刑事诉讼中推定的意义。在我国刑事诉讼中，在现有推定的基础上，根据国际规则和司法实践需要还可以创制某些规定。如笔者曾主张对于行为人以非法手段（如虚报冒领）取得公共财产后对该项财产的非私人用途承担证明责任，否则推定非法所有，成立（贪污或侵占）犯罪。这是因行为人先前的不法行为所产生的证明责任转移和推定。^{〔54〕}再如，日本刑法第207条关于共同伤害案中不

〔52〕 参见韩耀元、邱利军：《〈关于办理与盗窃、抢劫、诈骗、抢夺机动车相关刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉解读》，《人民检察》2007年第10期。

〔53〕 如美国联邦最高法院曾裁决，就一项犯罪要素的存在创设一项结论性的或不可反驳的推定是违宪的。见桑兹特朗诉蒙大拿州（Sandstrom v. Montana, 442 U. S. 510）案。转引自前引〔12〕，艾伦等书，第870页。

〔54〕 参见翁晓斌、龙宗智：《罪错推定与举证责任倒置》，《人民检察》1999年第4期。

能辨认所加伤害的轻重或不能辨认是何人所伤时以共犯处断的规定，德国《反有组织犯罪法》对贩毒者家中查出的与其收入不相称的大量财产来源非法的推定，这些特殊的推定，基于经验基础上的高度盖然性、基于证明上过于困难，也基于刑事政策实现的需要，是可以作为无罪推定原则的例外而成立的。因此，我国刑事立法有必要进一步完善关于推定的法律规定。

另一方面，我们又必须警惕滥用推定规范。因为在无罪推定原则和控诉方承担证明责任的一般证明原理统辖的刑事证明领域，实行转移证明责任的有罪错推定，只能是十分例外的情况。笔者不赞成简单地照搬其他国家尤其是实行对抗制国家关于推定的规定。^[55]因为这些国家现行的刑事诉讼制度是以“平等武装”为其法理基础（虽然不一定能够充分实现），尤其是对抗制诉讼，有相对平等的诉讼条件，这与中国刑事诉讼不可同日而语。而在我国目前的刑事诉讼中，国家权力的强大仍属不争之事实，诉讼的本质还是职权主义或者超职权主义的，中国刑事诉讼中嫌疑人、被告人所享有的律师辩护权严重不足，而嫌疑人、被告人及辩护人的取证权与举证能力还受到诸多限制而十分弱小，加之现行刑事诉讼法第93条赋予嫌疑人以供述义务，实际上已经具有证明责任由被告人人分担的意义，在这一前提性规范之下，以推定规范进一步转移证明责任必须十分谨慎，因此要求刑事立法的推定规范设定必须充分考虑我国刑事司法的资源对比关系等影响因素，论证利弊，不是十分必要不得设定。^[56]对于司法个案，各级法院和法官只能按照法律的规定分配证明责任掌握证明标准，不得无法律根据推定要件事实。

由于刑事推定涉及诉讼利益和风险的规则性分配，因此属于立法事项，司法解释原则上不应当设立刑事推定。不过，对某些特殊的犯罪，对个别要件事实，主要涉及主观要件的“明知”、“故意”、“目的”等，在证明上特别困难的，根据司法实践的切实需要，斟酌其合理性，可以作为例外由司法解释设立推定规范。即要求嫌疑人、被告人提供证明，如果未能提供，可以推定其具备要件事实。全国人大有关部门在审查最高法院备案的司法解释时，应当对其中推定规范的合理性进行重点审查。

[55] 如有人主张，“对于该当构成要件的事实，应当由检察官承担证明责任，并且必须达到没有合理的疑点。对于妨碍犯罪成立理由的事实，亦即违法阻却事由和责任阻却事由的事实，必须由被告人一方提出主张并加以证明，也就是必须由被告人承担刑事的证明责任。” 聂昭伟：《论犯罪构成与证明责任分配的互动关系》，《当代法学》2006年第4期。

[56] 某些地方法院的有关证据规定中，未能充分考虑我国刑事诉讼中司法资源的对比关系，不适当地转移了本应由控诉方承担的部分证明责任。如北京市高级人民法院《关于办理各类案件有关证据问题的规定（试行）》第66条规定，“被告人不负证明自己无罪的举证责任，但是被告人以自己精神失常、正当防卫、紧急避险，或者基于合法授权、合法根据，以及以不在犯罪现场为由进行辩护的，应当提供相应的证据予以证明。被公诉机关指控犯巨额财产来源不明罪的，被告人应负证明自己无罪的举证责任。”其中，就犯罪阻却事由转移举证责任，系借鉴英美法的有关规范，但未充分考虑中国刑事诉讼的实际情况。而且地方法院做出超越刑法即实际上修改刑法证明责任分配规范从而加重被告人证明责任的有关规定，似有越权之嫌。