

推定是证明过程的中断

张保生^{*}

内容提要：在诉讼活动中，事实认定是一个经验推论过程，证明是事实认定的基本方式，推定只是证明的一种辅助方法。作为证据法范畴，推定不是建立在相关性基础上的逻辑联系，其本质特征是在基础事实与假定事实之间创设某种法律关系。因此，运用推定认定事实时，必然造成证明过程的中断，这决定了其主要适用于民事诉讼领域，在一定程度上影响民事举证责任和说服责任。推定对准确价值的忽视和对效率等价值的追求，使其难以承载刑事证明的重任，不能替代对犯罪要件事实的证明，更不能成为确信无疑证明标准的例外，推定的滥用会危害刑事司法的公正性。

关键词：推定 证明 政策性 相关性

一、推定概念辨析

（一）混乱的推定概念

推定作为法律术语，是一个证据法概念或规则。^{〔1〕}在日常语言中，推定具有“经推测而断定”的含义，^{〔2〕}其他部门法有时也使用这个概念，但“绝大多数推定属于证据规则”^{〔3〕}。由于“推定仅仅是一个标签，法院、立法机关和评论者们都把操作证明过程的不同方法附着在上面”，^{〔4〕}从而造成了推定概念用法混乱的局面。这种混乱如此恼人，乃至有人认为：“从法律论文中消除推定这个术语，将是可能的。……这样一种改革的确是令人向往的。”^{〔5〕}

1. 推定的种类

在推定的种类或外延上，大致存在“三种说”、“两种说”和“一种说”等混乱情况。《牛津

* 中国政法大学证据科学教育部重点实验室教授。

本文系作者承担的司法部法治建设与法学理论研究部级科研重点项目《证据法比较研究》（合同编号：03FB1014）的阶段性研究成果。感谢硕士研究生冯俊伟为本文写作搜集资料，并查阅核对全部脚注。

〔1〕 例如，《牛津法律大辞典》和《元照英美法词典》均在“证据法上”解释推定概念。

〔2〕 《现代汉语词典》，商务印书馆2002年版，第1280页。

〔3〕 Black's Law Dictionary 1223(8th ed. 2004).

〔4〕 [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853页。

〔5〕 同上书。

法律大辞典》和《元照英美法词典》均把推定分为三种：(1) 结论性(决定性)的或不可反驳的法律推定；(2) 非决定性的或可反驳的法律推定；(3) 事实推定。^{〔6〕}“三种说”所造成的混乱，主要是把“事实推定”视为一个推定种类，而它实际上“仅仅是一种推论”^{〔7〕}。一些学者认为，“事实推定”作为一个法律现象是多余的，在司法实践中要避免使用该概念。^{〔8〕}

“两种说”又有两种不同的形式：其一是分为可反驳的和不可反驳的推定，^{〔9〕}但它们都是“法律上的”^{〔10〕}推定；其二是分为“法律上的”和“事实上的”推定^{〔11〕}。后者模糊了与“三种说”的界限。

“一种说”也有两种形式：其一是针对法律上的和事实上的推定之二分法，而主张“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”；^{〔12〕}其二是针对可反驳的和不可反驳的推定之二分法，主张推定都是可反驳的，例如：“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。”^{〔13〕}

2. 推定的内涵

从内涵上看，“推定是指基础事实与推定事实间的一种关系。”^{〔14〕}但在这种关系的性质上，存在着“逻辑关系说”和“法律关系说”的分歧。

“逻辑关系说”以“常态联系”或“逻辑关系”来界定推定。例如：“推定是根据两个事实之间的一般联系规律或‘常态联系’，当一个事实存在的时候便可以认定另外一个事实的存在。”^{〔15〕}有论者说，推定“作动词时，就是指一种行为，即确立两个或两类事物之间逻辑关系的过程；作名词时，就是一种结果，即最终所确立的两个事物或两类事物之间的具体逻辑关系。”^{〔16〕}

“法律关系说”主张：“推定是法院和评论者用来描述规制一种证明过程诸规则的术语，这种证明过程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”；“推定意味着两项事实间的某种特定法律关系。”^{〔17〕}

3. 推定与推论和证明的关系

在这种关系问题上，混乱来源于人们对广义和狭义证明概念变换使用的随意性。由于人们不加界定地使用上述概念，所以造成了“并列说”、“部分说”、“等同说”和“不同说”等观点林立的局面。

“并列说”把假定和推论一起作为推定的属概念。例如，推定是“在知晓或证明了某个或一

〔6〕 参见[英]戴维·M·沃克：《牛津法律大辞典》，李二元等译，法律出版社2003年版，第895页；薛波主编：《元照英美法词典》，法律出版社2003年版，第1084页。

〔7〕 转引自龙宗智：《推定的界限及适用》，《法学研究》2008年第1期。

〔8〕 同上文。

〔9〕 前引〔4〕，艾伦等书，第853页以下。

〔10〕 presumptions of law可译为“法律推定”或“法律上的推定”。本文在使用这两个概念时没有区别，但认为后一种译法更为严谨。

〔11〕 转引自前引〔7〕，龙宗智文。

〔12〕 陈一云主编：《证据学》，中国人民大学出版社2007年版，第139页。

〔13〕 江伟主编：《证据法学》，法律出版社1999年版，第124页；另参见卞建林主编：《证据法学》，中国政法大学出版社2007年版，第297页：“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推翻的一种证据法则。”

〔14〕 [美]史蒂文·L·伊曼纽尔：《证据法》，中信出版社2003年版，第556页。

〔15〕 何家弘、刘品新：《证据法学》，法律出版社2004年版，第273页；另参见裴苍龄：《再论推定》，《法学研究》2006年第3期：“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”。

〔16〕 王学棉：《论推定的逻辑学基础——兼论推定与拟制的关系》，《政法论坛》2004年第1期。

〔17〕 前引〔4〕，艾伦等书，第852页。

组其他事实的基础上，得出的一个事实存在的法律推论或假定。”〔18〕这种主张与“部分说”相通，后者认为，只有一部分推定才具有推论的特性，“许可性推定——有时被称作‘虚弱的’推定或者推论”。〔19〕

“等同说”有两种形式，一种是把推定等同于推论，另一种是把推定等同于证明。前者认为：“作为法律上的专业术语，推定通常是指一种法则或一种推论而言”〔20〕或者“从其他业已确定的事实中必然或可以推断出的事实推论或结论。”〔21〕“所谓推定，是指人民法院在无必然性证据证明待证事实的情况下，根据已知的或然性证据假定另一事实在法律上得以成立的一种推论”。〔22〕后者认为：“事实推定同利用证据进行证明一样，是诉讼证明的一种方法。”〔23〕“推定是一种对事实的推理判断，是证明案件事实的方法，只不过这种方法有其特殊性而已”。〔24〕

“不同说”则主张推定与证明不同或不需要证明。“一定之事实（前提事实）经被证实时则无需任何证明，即可用以认定其他之事实（推定事实），谓之为推定。”〔25〕这里的“证明”，显然是指推论或事实认定，即“以充分满足的证据，确证或确定（事实或假设）的真实性。”〔26〕

（二）本文的推定定义

基于上述分析，本文把推定界定为标志基础事实与假定事实之间法律关系的证据法范畴。推定包括不可反驳的和可反驳的推定两种形式，在一定程度上影响民事诉讼中的证明责任和说服责任。在刑事诉讼中，推定对非要件事实的证明具有补充作用。

从外延上看，作为证据法范畴的推定都是关于事实的“法律上的”假定，反映了基础事实与假定事实之间的法律关系。从内涵上看，推定的本质特征在于，其所规制的是一个事实与一个假定之间的法律关系，〔27〕而不是两个事实（基础事实与待证事实〔28〕）之间的逻辑关系，这是推定与推论的本质区别。“推定是依法‘拟制’事实，因此其本质应为法律问题。”〔29〕

从作用上看，推定主要适用于民事诉讼领域，严格地说是一个民事诉讼证据规则。推定具有影响民事诉讼证明责任和说服责任的功能。其中，强制性举证责任推定在原告满足了基础事实的证明之后，将举证责任转移到被告，被告必须提供推定事实不真实的证据，否则就会获得对己不利的裁决。强制性说服责任推定将说服责任转移到对其效力承担不利结果的当事人身上，要求反对该推定的当事人对争议问题承担说服责任。

从种类上看，推定包括不可反驳的和可反驳的两种形式，其中，结论性的或不可反驳的推定由立法机关作出，一般是实体法规定；非结论性的或可反驳的推定在司法中应用，是法院根据法律规定对证明过程加以补充的事实认定方法。可反驳的推定又分为强制性的和允许的两类，前者

〔18〕 Black's Law Dictionary 1223 (8th ed. 2004).

〔19〕 前引〔4〕，艾伦等书，第861页。

〔20〕 江伟主编：《中国证据法草案（建议稿）及立法理由书》，中国人民大学出版社2004年版，第342页。

〔21〕 前引〔6〕，《牛津法律大辞典》，第895页。

〔22〕 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822页。

〔23〕 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。这里，两个证明概念的外延似乎不同：“利用证据进行证明”似乎是狭义的推论证明，“诉讼证明”似乎是广义的推理证明。

〔24〕 陈朝阳：《论推定在证据学中的运用》，《华东政法学院学报》1999年第6期。

〔25〕 黄朝义：《刑事证据法研究》，台湾元照出版公司2000年版，第273页。

〔26〕 Black's Law Dictionary 1251 (8th ed. 2004).

〔27〕 《布莱克法律词典》中对法律推定的解释是“一定事实被确定并且没有相反证据来反驳，法院被要求作出的一项假定”。Black's Law Dictionary 1224 (8th ed. 2004).

〔28〕 参见劳东燕：《认真对待刑事推定》，《法学研究》2007年第2期；何家弘：《论司法证明中的推定》，《国家检察官学院学报》2001年第2期；前引〔15〕，裴苍龄文；前引〔16〕，王学棉文。

〔29〕 前引〔7〕，龙宗智文。

可进一步分为举证责任推定和说服责任推定。

(三) 推定与证明、推论等相关的概念

推理,是“进行逻辑推理的能力和过程”,^[30]指“由一个或几个已知的判断(前提)推出新判断(结论)的过程”^[31]。亚里士多德对必然推理和辩证推理的论述奠定了推理学说的基础。所谓必然推理或证明的推理,主要指三段论推理;^[32]辩证推理或修辞推理,^[33]则是通过辩论,运用论据来证明论题的真实性的过程。推理与思维和认识基本上同义,具有推理、思维或认识能力是人类的一个特性。

法律推理,是指“在法律论证中运用法律理由的过程”,^[34]同时也是运用正当理由的过程^[35]。“法律推理是一个标记导致作出法律决定的一系列思维过程的集合符号。”^[36]它是综合运用法律理由与正当理由而构成判决理由的法律论证或法庭决策过程,涵盖了事实认定和法律适用。

推论,既指“推断(infer)的结果;结论”,^[37]又指“上述结论达成的过程;从证据到证明的思维过程。”^[38]推论与事实认定具有大致相同的内涵和外延。推论是从证据中的具体到思维中的具体的事实认定过程。这是一个把“完整的表象蒸发为抽象的规定”,然后由“抽象的规定在思维中导致具体的再现”^[39],即在观念中把握认识客体的过程。“推论是对事实的一种演绎推理,该事实可以从被证据确证的另一事实或一组事实中合乎逻辑地、合理地推断出来。”^[40]因此,事实认定是凭借证据对实际上发生了什么作出判断的推论过程。按照《布莱克法律辞典》的解释,事实认定(fact-finding)是指“用证据来确定关于争点之事实真相的过程。”^[41]按照《元照英美法词典》的解释事实认定又称“查明事实”,是“法庭对每一案件必须进行的一项程序。对案件必须先查明事实,然后才能适用相关的法律,作出判决。查明事实主要是重现已发生过的事情。在这一程序中,各方当事人提出允许提出的证据;各方当事人向对方进行交叉询问;然后各自说明其提供的证据足以证明某项事实;法官明示或默示地作出关于事实的裁决,指出某些事实已被证实,某些事实未被证实。”^[42]推论是控、辩、审三方共同从事的事实认定活动,或者说,事实认定是控、辩、审三方的推论活动。

关于证明,《现代汉语词典》解释为“用可靠的材料来表明或者断定人或事物的真实性”^[43];《布莱克法律大辞典》解释为“用证据证实或驳斥一项所主张的事实;证据在事实认定者脑海中的说服力。”^[44]

[30] 《不列颠百科全书》第14卷,中国大百科全书出版社2002年版,第173页。

[31] 前引[2],《现代汉语词典》,第1281页。

[32] 参见苗力田主编:《亚里士多德全集》卷I前、后分析篇和论题篇,中国人民大学出版社1990年版。

[33] 同上书,卷IX修辞篇。

[34] [美]史蒂文·J·伯顿:《法律和法律推理导论》,张志铭、解兴权译,中国政法大学出版社1998年版,第110页。

[35] 麦考密克说,法律推理应当“描述和解释在判决的正当理由上发展起来的法律辩论的要素”。See Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, with corrections 1994, Preface, p. 62.

[36] P. Wahlgren, *Automation of Legal Reasoning: A Study on Artificial Intelligence and Law*, Computer Law Series 11, Deventer Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, p. 149.

[37] 前引[6],《元照英美法词典》,第1084页。

[38] Black's Law Dictionary 793 (8th ed. 2004).

[39] 《马克思恩格斯选集》第2卷,第103页。

[40] 前引[4],艾伦等书,第79页。

[41] Black's Law Dictionary 629 (8th ed. 2004).

[42] 前引[6],《元照英美法词典》,第525页。

[43] 前引[2],《现代汉语词典》,第1608页。

[44] Black's Law Dictionary 1261 (8th ed. 2004).

对于证明概念，学术界目前存在两种意见。通说认为，证明与推论或事实认定的区别在于两点：一是其主体只包括控辩双方或诉讼当事人，二是其内容只包括举证、质证，而不包括认证。“从诉讼法学的角度界定，证明就是国家公诉机关和诉讼当事人在法庭审理中依照法律规定的程序和要求向审判机关提出证据，运用证据阐明系争事实、论证诉讼主张的活动。”〔45〕“法院在诉讼中的地位和职能决定了，其作为中立的裁判一方，在诉讼证明过程中只是接受证明的主体，而不是证明主体。把法院视为证明主体，会导致法院一身二任的情况，即法院既作为证明主体履行证明责任，又作为裁判者对待证事实进行评价。这种情况不仅与控审分离的诉讼原理相悖，而且实际上必然造成法官角色的混乱与心理冲突。此外，以证明主体的构成要件来衡量，法院本身既无自己的诉讼主张，对争议中的事实也无既定看法，更不会因证明不力而承担任何败诉的风险，因而不可能成为证明主体。”〔46〕

另一种意见认为，证明与推论或事实认定没有区别，它包括举证、质证和认证。“司法活动中的证明，就是指司法人员或司法活动的参与者运用证据明确或表明案件事实的活动。这包括两层含义，其一是提出事实主张的当事人、律师、检察官等用证据向法官说明或表明案件事实存在与否的活动；其二是法官运用证据查明和认定案件事实的认识活动。”〔47〕

笔者认为，推论或事实认定包括举证、质证和认证三个阶段，而举证和质证这两个阶段构成了证明过程。其中，推理、思维和认识是最大的概念，人的所有智力活动都可以用推理、思维或认识来概括；法律推理是贯穿事实认定和法律适用全过程的法律论证或法庭决策活动；推论是贯穿举证、质证和认证全过程的事实认定活动；证明则是举证、质证的推论过程；推定则是介于证明与推论之间的智力活动，其中，许可性或“虚弱”的推定具有推论的某些特性，但推定的主体部分（不可反驳的推定，可反驳的举证责任推定，可反驳的说服责任推定）不是证明，而是证明过程的中断。

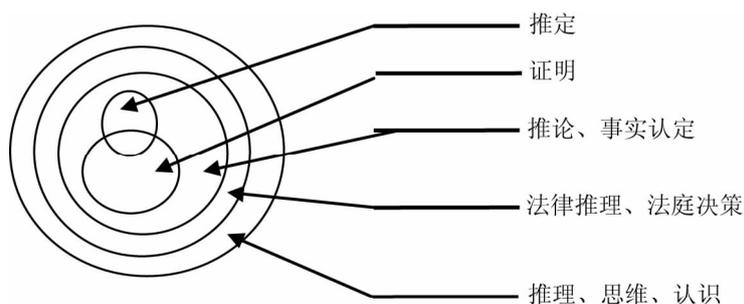


图 1：推定与证明、推论等相关概念间的关系

二、推定与证明、推论的关系

（一）事实认定是一个经验推论过程

事实认定与证据的相关性紧密联系在一起。相关性是一种逻辑上的证明力，它表明了某个证据可以对案件事实存在与否的可能性加以证明的程度，离开相关性这个基础，事实认定是无法进

〔45〕 前引〔13〕，卞建林主编书，第 212 页。

〔46〕 同上书，第 214 页。

〔47〕 前引〔15〕，何家弘等书，第 196 页。

行的。然而，证据是否具有相关性，又需要事实认定者通过一系列推论链条来认定。

笔者用一个真实案例来说明推论链条和其中的证明环节：

案例 1：刘某杀夫案^{〔48〕}

2007年12月10日18时30分许，丈夫杨某与其妻刘某酒后回到家中，因家庭琐事发生争执、厮打。其间，杨某用手机打电话给刘某的父母，称刘某快要死了，让他们尽快过来。随后，二人继续厮打。杨某从厨房取来一把尖刀和两把菜刀，持菜刀将刘某左上臂砍伤，菜刀被刘某撕扯到地上后，杨某又持尖刀与刘某进行厮打，刘某的腹部被刺伤。刘某将尖刀夺下，持刀将杨某的胸部、腹部、左臂刺伤。刘某犯罪后，在亲属的陪同下主动向公安机关投案，如实供述自己的罪行。刘某的父母随后赶到现场并拨打120急救电话要求对杨某进行抢救。杨某被送往医院抢救无效于次日3时死亡。法医鉴定：杨某系生前被单刃刺器刺腹部致肝脏破裂失血死亡。

在审判过程中，事实认定者的推论过程，是一个由证据性事实向推断性事实、要件事实、最后与实体法要件联系起来的推论链条。其中，证据性事实是诉讼双方提供的证据；推断性事实是事实认定者对证据真实性的推断；要件事实是事实认定者认为对指控的罪行成立重要且确信的事实；要件是关于犯罪构成要件的实体法规定。^{〔49〕}与事实认定者的这个推论链条相适应，控辩双方作为证明主体，也会选择相同的证明环节。

首先看控诉方的证明环节。本案公诉人以故意伤害罪指控刘某，其证明环节将如图2所示。控方将试图按照事实认定者的这个推论链条来构建自己的证明环节，证明并使其确信自己所主张的事实（刘某故意伤害他人身体，致人死亡）是真实的。

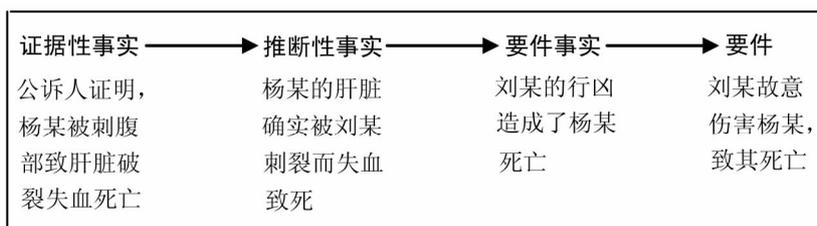


图 2：公诉人的证明环节

在图2中，相关性表现在，刘某行凶与杨某死亡之间具有一种前者引起后者的因果联系。“客观世界中到处都存在引起和被引起的普遍关系。”^{〔50〕}休谟说：“如果有人问：我们对于事实所作的一切推论的本性是什么？适当的答复似乎是：这些推论是建立在因果关系上。如果再问：我们关于因果关系的一切理论和结论的基础是什么？就可以用一句话来回答：‘经验’。”^{〔51〕}因此，证明是一种经验推论。

我们再来看辩护方的证明环节。辩护人若为刘某作正当防卫之辩，其证明环节将如图3所示。为了证明刘某的行凶属于正当防卫，需要对间接证据（刘某左上臂和腹部被杨某刺伤）与本案刘某采取防卫行为的相关性作出推断。

在图3中，辩护人若为刘某作正当防卫之辩，需要提供有关证据（刘某左上臂和腹部被杨某

〔48〕 参见谢洪程：《从“刘某杀夫”案看正当防卫》，《人民法院报》2008年4月30日。

〔49〕 参见前引〔4〕，艾伦等书，第149页以下。

〔50〕 参见李秀林、王于、李淮春主编：《辩证唯物主义和历史唯物主义原理》，中国人民大学出版社1990年版，第180页以下。

〔51〕 [英] 休谟：《人类理智研究》，载北京大学哲学系外国哲学史教研室编译：《西方哲学原著选读》上卷，商务印书馆1981年版，第523页。

刺伤)证明“杨某先行凶刺伤刘某”,这就与我国刑法第20条“免受正在进行的不法侵害”的正当防卫要件之一联系起来,而其“采取防卫行为”也符合该条关于“制止不法侵害的行为,对不法侵害人造成损害的,属于正当防卫,不负刑事责任”的规定。



图3: 辩护人的证明环节

在上述案例中,控辩双方用证据向事实认定者表明案件事实的证明活动,都是围绕事实认定者的推论链条或相关性的逻辑线索进行的。

(二) 推定是证明过程的中断

在上述图2指控故意伤害和图3正当防卫辩护两个证明环节中,均没有推定的影子。如果推定出现,如图4、图5和图6所示,就会造成证明过程的中断。

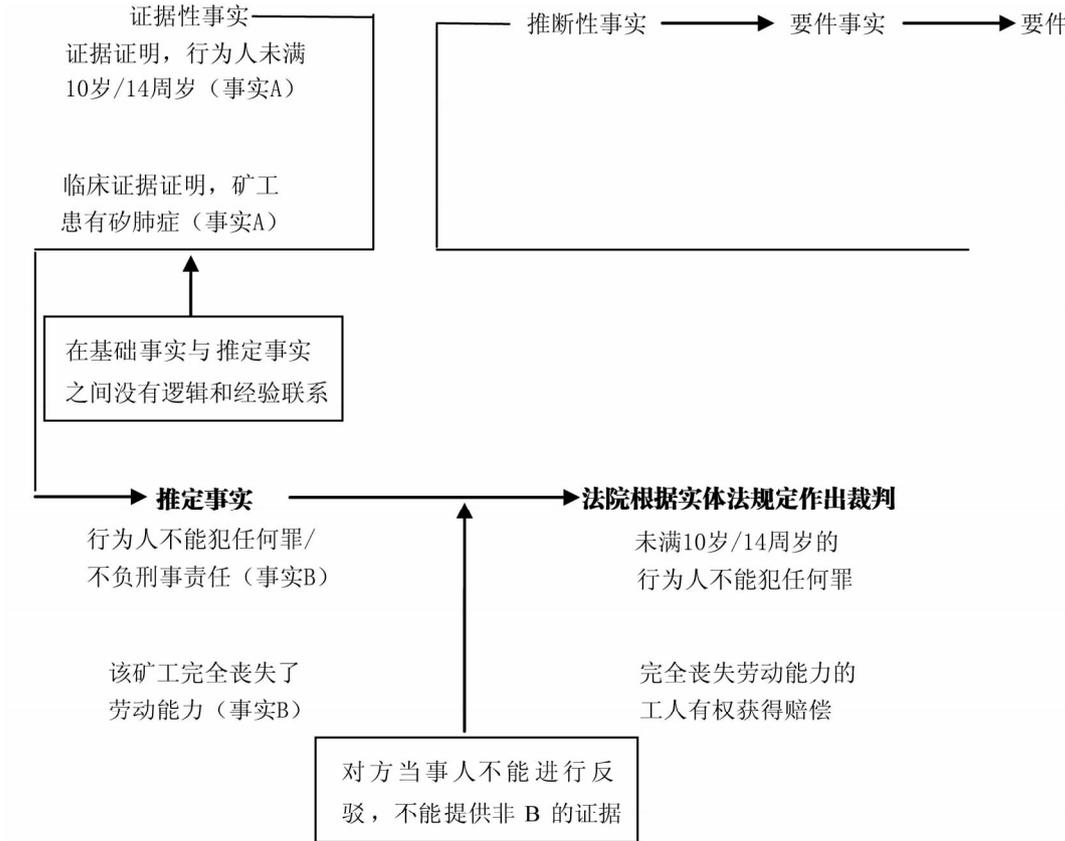


图4: 不可反驳的推定

1. 不可反驳的推定

不可反驳的推定一般是由实体法规定的。该推定的形式是：若基础事实 A 得到证实，则法院应当作出推定事实 B 成立的裁判，对方不能提供非 B 的证据。不可反驳的推定由于其不可反驳，有时候又称为“法律拟制”^[52]。

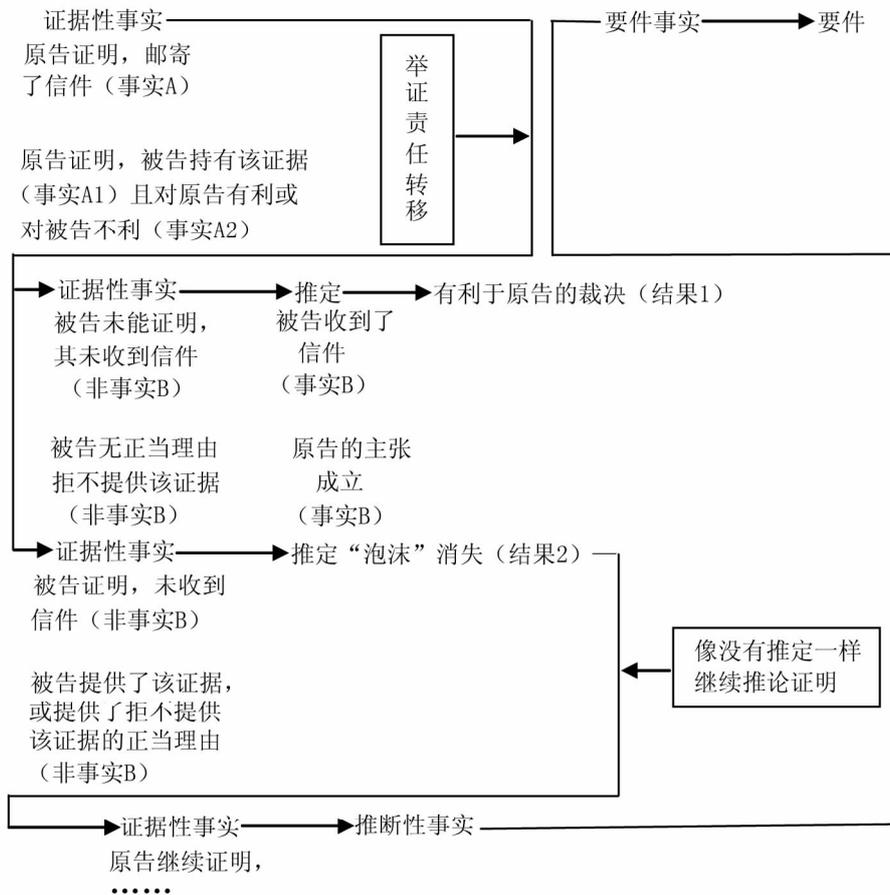


图 5：强制性举证责任推定

我们看第一个推定：“10 岁以下的儿童不能犯任何罪”；^[53] 或者，未满 14 周岁，不应当负刑事责任。^[54] 如果该儿童未满 10 岁/14 周岁这个基础事实得到证实，则法院应当作出其不能犯任何罪/不负刑事责任的裁判，对方当事人对此不能进行反驳，不能提供非 B 的证据。

再看第二个推定，只要通过 X 射线或其他临床证据证明某个矿工患有矽肺症（事实 A），法院就可以推定该矿工完全丧失了劳动能力（事实 B），因而作出其有权得到赔偿的裁判，而不允许矿主证明该矿工事实上可能没有全部丧失劳动能力（事实 B）^[55]。

在上述两个不可反驳的推定中，基础事实与推定事实之间没有必然的逻辑或经验联系，只有一种或然的联系。因为经验告诉我们，10 岁或 14 周岁以下的儿童也可能杀人（或伤害他人）。但

[52] 法律拟制专指对法律规则扩展性、引申性的假定、假设，与推定还有细微区别。本文对此不作专门讨论。

[53] 英国 1933 年儿童和青少年法的规定，参见前引 [6]，《元照英美法词典》，第 1084 页。

[54] 参见我国刑法第 17 条。

[55] 美国 1969 年联邦煤矿卫生和安法关于丧失劳动能力的煤矿工人有权获得赔偿的规定，参见前引 [4]，艾伦等书，第 854 页。

即使如此，他们也不应负刑事责任。经验还告诉我们，在 100 个患有矽肺症的矿工中，可能只有 70 个人真的完全丧失了劳动能力。但法律可能无视这种经验事实，而推定所有 100 个矿工均完全丧失了劳动能力。因此，不可反驳的推定是证明过程的中断，它以推测的方式在基础事实和假定事实之间创设了一种法律关系。

2. 强制性举证责任推定

强制性举证责任推定，“创造了已证明的事实 A 和推定事实 B 之间的强制性关系，它仅仅影响提出证据的责任。一旦一方当事人证明了事实 A，那就必须认定事实 B，除非该推定所反对的当事人提出了非 B 的证据。”^{〔56〕} 强制性举证责任推定将证明责任转移给被告，从而造成了原告证明过程的中断，详见图 5。

在诉讼活动中，证明过程需要证明环节把证据性事实（原告邮寄了信件）与要件事实（被告收到了信件）联系起来，从而使事实认定者确信原告主张的事实（被告收到了信件）是“真实的”。这种联系是建立在相关性基础上的经验联系。如果原告未能履行举证责任证明其邮寄了信件（事实 A），且无其他关于被告收到信件的证据，那么，原告将会败诉。

然而，在运用推定的情况下，如果原告证明了信件已经邮寄（事实 A），举证责任就转移到被告。这种强制性举证责任推定打断了正常的逻辑证明环节，它以如下两种结果造成了证明过程的中断：

结果 1：如果被告没能提供未收到该信件的证据（未能证明非事实 B），那么，原告不用作出完整的证明，法院将推定被告收到了信件（事实 B），这是一个有利于原告的裁决。在美国，一项强制性的举证责任推定，如果被告没能履行该推定所转移过来的举证责任，不能提出反驳证据，法院就应当对不利于被告的推定事实作出指令裁决，以此来保护从该推定获利的原告当事人。

结果 2：如果被告证明了未收到该信件（证明了非事实 B），那么该推定就像“泡沫”一样消失了或者“爆炸了”^{〔57〕}。这个案件就像最初没有推定一样，原告原来提出的证据性事实造成了证明过程的中断，但却没有从中获利；接下来，原告为了胜诉，需要继续提出新的证据性事实进行证明，必须继续以优势证据向事实认定者证明被告收到了那封信（事实 B），这便又开始了一个新的证明过程。

在我国，关于持有证据拒不提供的不利推定属于强制性举证责任推定。例如，最高人民法院《行政诉讼证据规定》第 69 条规定：“原告确有证据证明被告持有的证据对原告有利，被告无正当理由拒不提供的，可以推定原告的主张成立。”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 99 条规定：“有证据证明一方当事人持有特定证据，但无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该特定证据的内容不利于证据持有人，可以推定其主张成立。”前一条从“于对方有利”而拒不提供的角度，后一条从“于己方不利”而拒不提供的角度，规定了在法院要求其提供的情况下，如果持有人无正当理由拒绝提供的，法院可推定该证据的内容有利于主张者一方或不利于持有者一方。

希望利用这个推定的当事方（如原告）必须证明以下基础事实：（1）对方（如被告）当事人持有该证据（事实 A1）；（2）该证据对己方（原告）有利，或对持有人（被告）不利（事实 A2）。在原告证明了基础事实 A1 和 A2 的情况下，举证责任就转移到被告。这种强制性举证责任推定打断了正常的逻辑证明环节，它可能会产生如下两种结果：

〔56〕 前引〔4〕，艾伦等书，第 855 页。

〔57〕 所以这种强制性举证责任推定又被称为“泡沫爆炸”的推定。See James B. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at Common Law*, 1898, pp. 336—337.

结果 1：如果被告无正当理由拒不提供该证据（证明非事实 B），那么，法院将推定原告的主张（事实 B）成立，从而作出有利于原告的裁决。

结果 2：如果被告提供了该证据或提供了拒不提供该证据的正当理由（证明了非 B），那么该推定就像“泡沫”一样消失或“爆炸了”。这个案件就像最初没有推定一样，原告需要提出新的证据性事实，继续进行证明。

3. 强制性说服责任推定

强制性说服责任推定，“类似于一项‘积极抗辩’，它直接将说服责任施加于被告人身上。”^{〔58〕} 强制性说服责任推定将说服责任转移给被告，从而造成了原告证明过程的中断，可能产生的三种结果，详见图 6。

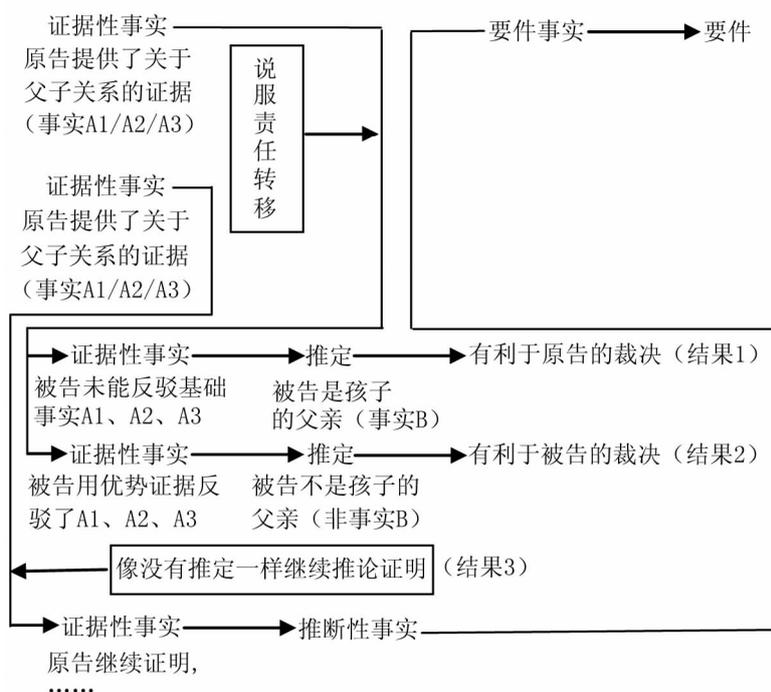


图 6：强制性说服责任推定

图 6 描述了强制性说服责任推定造成证明过程中断的情况。在关于被告是否为孩子父亲的证明过程中，原告有责任提供关于父子关系的充分证据，也承担着让事实认定者确信被告是孩子父亲的说服责任。一般情况下，只有通过这个证明过程，原告才能使事实认定者确信被告是孩子的父亲这个要件事实。

然而，如果在诉讼发生的司法辖区有一项强制性可反驳的推定：有效婚姻关系存续期间怀孕和出生的孩子，推定为丈夫所生；^{〔59〕} 这个将说服责任转移到被告的推定，便打断了正常的证明环节。原告可以利用这个推定来获得一项法院裁决。原告为了利用这个推定，必须证明事实 A 的三个要素，即他/她：合法结婚（事实 A1），与被告结婚（事实 A2），怀孕或孩子出生于婚姻关系存续期间（事实 A3）。如果原告履行了该说服责任，证明了事实 A1、A2 和 A3 的存在，那么，一项强制性的说服责任推定，就要求该推定反对的当事人对争议问题承担说服责任，从而将

〔58〕 前引〔4〕，艾伦等书，第 858 页。

〔59〕 例如，参见加利福尼亚家事法典 (Cal. Fam. Code) 第 7611 条。

说服责任便转移给被告。这将会出现三种结果〔60〕：

结果 1：如果被告未能以优势证据反驳基础事实（事实 A1、A2 和 A3），那么，法院将会推定“被告是孩子的父亲”（事实 B），从而作出有利于原告的裁决。

结果 2：如果被告用优势证据反驳了这项推定，例如，被告提供证人证明在可能的怀孕期间他正在国外，因此不可能是孩子的父亲。那么，法院将会推定被告不是孩子的父亲（非事实 B），从而作出有利于被告的裁决。

结果 3：如果原告不能履行说服责任，未能以优势证据证明基础事实 A1、A2 和 A3 的存在，这个案件中就没有推定了。接下来，原告为了胜诉，需要提供新的证据性事实（例如，提供 DNA 证据等）进行证明，以便说服事实认定者认定被告是孩子的父亲。

显然，推定是法院根据法律规定作出的对证明过程加以补充的事实认定方法。其中，不可反驳的推定（图 4）是直接从证据性事实导向要件事实的过程，省略或中断了从证据性事实到推断性事实、再到要件事实的证明过程；强制性举证责任和说服责任推定（图 5 和图 6）也造成了证明过程中断。

（三）许可性推定与证明和推论的关系

许可性推定不是强制性的，因此是一种“虚弱”的推定。〔61〕许可性推定之“虚弱”，主要表现在以下三个方面：

首先，这种推定与其他推定不同，并不是在基础事实 A 和假定事实 B 之间创设了一种政策性很强的法律关系，只是固化了一种以相关性为基础的逻辑关系。常见的许可性推定是所谓“不言自明”，一般用于因疏忽而造成的损害赔偿诉讼，指的是事件发生本身的逻辑已足以证明疏忽行为，所以说服责任转移给被告。详见图 7。

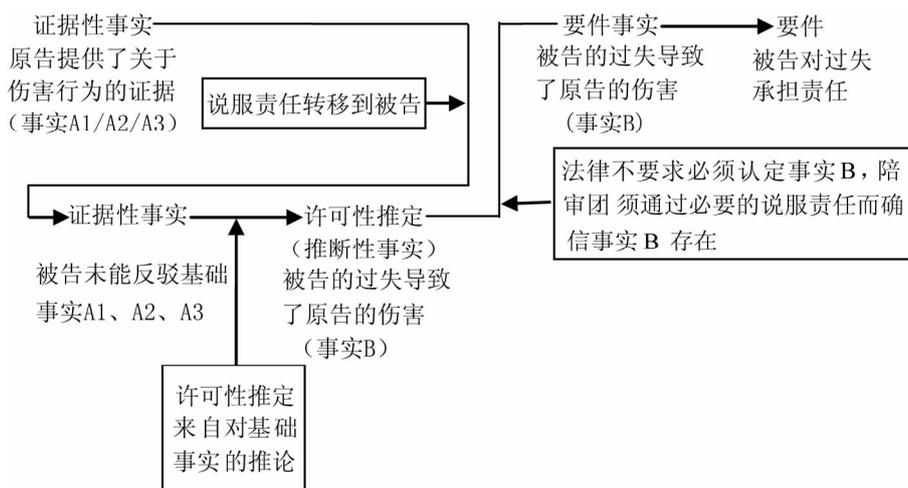


图 7：许可性或“虚弱”的推定

其次，从原告证明和被告反驳所提出的证据性事实导致了一项许可性推定，这种许可性推定来自对基础事实的推论，并具有与证明环节中的推断性事实相似的形式：如果原告证明，导致其伤害的行为在被告（例如，司机）没有过失（例如，其在机动车道正常行驶）的情况下通常不会发生（事实 A1），而被告（司机）绝对控制着导致该行为的手段（事实 A2），并且原告没有共同

〔60〕 参见前引〔4〕，艾伦等书，第 858 页。

〔61〕 同上书，第 861 页以下。

过失（例如，原告正在便道上正常行走）（事实 A3），那么，事实认定者可以（而不是必须）认定被告的过失导致了原告的伤害（事实 B），法律允许他们推论出事实 B。同时，法官将会告诉陪审团，在证明事实 A 的时候，法律不要求认定事实 B，陪审团仍然必须通过必要的说服责任而确信事实 B 是存在的。^{〔62〕} 许可性推定虽然在一定程度上也转移了举证责任或说服责任，但这种转移并不是强制性的，被告未能履行举证责任或说服责任并不必然承担对自己不利的结果，因此没有造成（原告）证明过程的中断。

最后，事实 A1、A2 和 A3 的同时存在构成了一项事实 B 的许可性推定的经验基础，如果被告司机没有因过失驶入行人便道，撞人事故通常不会发生（事实 A1），而被告司机正驾驶着撞人的车辆（事实 A2），并且原告行人在便道上正常行走没有走入机动车道（事实 A3），那么，任何一个具有经验常识的人都可以推断该司机的过失导致了撞人事故（事实 B）。因此，这种推定不是法律推定，而与事实推定有相似之处。在美国，“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。”在英国，“事实上的推定，仅仅是一种推论。”^{〔63〕} 在这个意义上，笔者赞同龙宗智教授的观点，即事实推定“不作为推定规则的规制范畴，也不是推定的一个种类。……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作出的推定。”^{〔64〕} 但同时也需指出，在法律推定和事实推定之间并没有一条截然分明的界限，许可性推定兼有法律推定和事实推定的特点，因此才称为“虚弱的”法律推定，并如图 1 所示与证明和推论具有交叉关系（正是许可性推定侵入了推论的领域）。

（四）以相关性为基础的证明和以政策性为基础的推定

在推定与证明的关系问题上，混乱的产生有两个理论来源：一是把推定视为“基础事实与待证事实之间的联系”^{〔65〕}，这混淆了“推定事实”与“待证事实”的本质区别。二是主张“推定是根据两个事实之间的一般联系规律或‘常态联系’，当一个事实存在的时候便可以认定另外一个事实的存在。”^{〔66〕} 这混淆了逻辑联系与法律关系的本质区别。

1. “推定事实”与“待证事实”的区别

从图 2 和图 3 描述的公诉人和辩护方的证明过程看，待证事实就是要件事实，即对指控的罪行成立至关重要且被事实认定者确信的事实。在证明过程中，由于证据性事实与待证事实之间存在相关性，诉讼双方如能通过各自的证明揭示己方提供的证据与待证事实之间的逻辑和经验联系，就能说服事实认定者相信其提供的证据使要件事实更有可能（或更无可能），从而使待证事实得到证明。

但在推定中，推定标志着基础事实与假定事实之间的法律关系。原告提出证据性事实（基础事实）后就万事大吉或大功告成了。对原告来说，不存在一个与基础事实相联系的待证事实。例如，在图 5 所示的强制性举证责任推定中，原告只要证明其“邮寄了信件”这个基础事实，就完成了证明任务了；被告是否“收到了信件”，对原告来说不是一个待证事实。在图 6 所示强制性说服责任推定中，原告只要提供了关于父子关系的基础事实，就完成了任务了，至于“被告是否为孩子的父亲”，对原告来说也不是一个待证事实。

那么，在推定活动中，对被告来说是否存在与基础事实相联系的待证事实呢？我们从图 5 所示的强制性举证责任推定来看，一方面，当举证责任转移到被告之后，如果被告未能证明“未收

〔62〕 参见前引〔4〕，艾伦等书，第 861 页。

〔63〕 美国《现代法律习语辞典》，转引自前引〔7〕，龙宗智文。

〔64〕 前引〔7〕，龙宗智文。

〔65〕 前引〔28〕，劳东燕文。

〔66〕 前引〔15〕，何家弘等书，第 273 页；裴苍龄文。

到信件”这个基础事实，则推定被告“收到了信件”，这个推定事实显然不是被告所要证明的“待证事实”，而是其未履行举证责任而不得被迫接受的假定事实；另一方面，如果被告证明了“未收到信件”，推定“泡沫”就消失了，对被告来说也不存在一个待证事实。

在图6所示强制性说服责任推定中，对被告来说也不存在什么待证事实。一方面，当说服责任转移到被告之后，如果被告未能反驳基础事实，则推定“被告是孩子的父亲”，这个推定事实显然不是被告所要证明的“待证事实”；另一方面，如果被告反驳了基础事实，则推定“被告不是孩子的父亲”，但这个推定事实也不是被告的待证事实（被告不需要证明这一点），而是由于其反驳了基础事实而“自动”得到的。

显然，把推定视为“基础事实与待证事实之间的联系”的认定，是一种将推定与证明的混淆，“推定事实”无论对原告还是对被告，都不是“待证”事实。

2. “基础事实”与“推定事实”联系的性质

基础事实与推定事实之间的联系，究竟是“一般联系规律或‘常态联系’”，还是特殊联系或“非常态联系”？这需要通过证明和推定之不同基础的比较，才能作出恰当的回答。

首先，什么是“一般联系规律”？“规律是事物发展中本身所固有的本质的、必然的、稳定的联系。”〔67〕在事实认定过程中，证据的相关性反映了事实之间的一般联系规律，因而构成了证明的逻辑和经验基础。塞耶提出了“逻辑和一般经验”的相关性检验标准，这是因为事实认定者运用其一般化的知识和经验去进行推断，其中包括对典型行为进行的归纳概括，这种归纳概括使人们能够把特定证据与其证明的因素联系起来。〔68〕

在证明的背后潜藏着对相关性或“常态联系”的归纳概括，例如，在图7的证明环节中，从推断性事实1到推断性事实2的跳跃就需要一个归纳概括。其中，“一般情况下”，就反映了某种常态联系的经验知识。这个归纳概括虽然不能“证明”一个推论是真实的，但它构成了以下三段论推理的大前提：

大前提：爱某个女人的男人可能想独占她（潜在的归纳概括）；

小前提：公诉方证明，杜某给被害人的妻子写了一封情书（证据性事实）；

结论：杜某爱那个女人，可能想独占她。

这个归纳概括对事实认定者可能会产生两种影响：其一，如果事实认定者认为这是一个基于经验或“常态联系”的合理的归纳概括，而且支持证明环节中的每一个推论时，便可从常人的观点将其视为相关证据。其二，如果事实认定者对这个归纳概括的合理性表示怀疑，便可要求提供进一步的证据来加以证明。例如，法官可能问：“何以知道杜某一定想独占她？”“何以知道杜某想独占她，就一定要除掉她的丈夫？”在这些步步紧逼的问题面前，公诉人必须为其主张提供更多的证据。法官需要根据归纳概括的合理性来检验证据的相关性，在“理性的事实认定者”检验标准中，一个归纳概括必须是真实的，而不能是“虚假的”；必须是经验事实（常态联系），而不能是推测（偶然联系）。〔69〕例如，在图2的证明环节中，公诉人证明，杨某被刺腹部致肝脏破裂失血死亡（基础事实），与刘某的行凶造成了杨某死亡（待证事实）之间具有常态联系（因果关系）。证明必须依赖证据，“所谓证据法律制度，即有关司法裁判过程中运用证据证明案件事实的法律制度，也可以称为司法证明制度。”〔70〕以证据为基础的司法证明，是由直接证据（证据性事实）、间接证据（推断性事实）和事实认定者认定的证据（要件事实）等环节构成的推论过程。

〔67〕前引〔50〕，李秀林等主编书，第128页。

〔68〕转引自前引〔4〕，艾伦等书，第152页。

〔69〕同上书，第153页。

〔70〕何家弘主编：《证据法学研究》，中国人民大学出版社2007年版，第2页。

相比之下,在推定的基础事实与推定事实之间并不存在“一般联系规律或‘常态联系’”。例如,在“10岁/14周岁以下的儿童”这个基础事实与“不可能犯罪”这个推定事实之间,即使有联系也是“虚假的”或“假设的”联系;在“邮寄了信件”这个基础事实与“收到了信件”这个推定事实之间,也没有必然联系。从结论上看,推定事实是一个假定或推测。“推定是指当某一个事实得到证明时,就假定另一个事实是真实的”。〔71〕“假定”是指“根据已经知道的事情来想象不知道的事情”,而“想象”在“心理学上指在知觉材料的基础上,经过新的配合而创造出新形象的心理过程”。〔72〕与证明相比,推定即使以某些经验事实(常态联系)为基础,也是十分虚弱的。如果说,婚姻关系存续期间怀孕或者所生的子女为夫妻双方子女是一种常态联系,那么亲子关系本身又是一种什么联系呢?哪一个更反映“一般联系规律”?因此,推定不是建立在相关性基础上的逻辑联系,而是建立在政策性基础上的法律关系。在诉讼活动中,推定只是证明的一种辅助方法。“推定所解决的问题,正是证明所解决不了的问题,即虽然不能达到精确的证明,但出于某些重要的政策性考虑或出于某种重大的利益需求,还是要完成对特定事件的结论性判断。”〔73〕

在推定的基础事实与推定事实之间之所以不存在“一般联系规律”,是因为推定无需凭借证据。推定事实不需要证据加以证明,没有连续的推论环节,并且可以被运用证据的证明所推翻。“推定意味着两项事实间的某种特定法律关系。”〔74〕例如,未达到一定法定年龄的未成年人不应当负刑事责任,某些特殊行业的工人患有某种职业病后推定为完全丧失了劳动能力,这些不可反驳的推定的价值基础是“被立法机关或法院视为社会得以存在的原则和标准”的社会政策〔75〕。证据的政策性“要求将一般公共利益与社会福祉纳入考虑的范围”,〔76〕从而成为立法机关创设某些不可反驳的推定,法院运用某些可反驳的推定的正当理由。

当然,所谓“常态联系”与非常态联系之间的区别也是相对的,是在证明与推定相比较的意义上的区别。确实,基础事实与假定或推定事实之间的联系也有一定的经验基础。在美国乌斯厄里诉特纳·埃尔霍雷矿业公司案〔77〕中,州最高法院的意见说:作出合理性决定的过程在本质上是高度经验性的事情,有时候是根据科学知识,例如,“承认肺尘病是由于呼吸煤尘导致的,矿工形成这项疾病的可能性取决于他暴露于灰尘的浓度和暴露的持续时间。”〔78〕这说明,本文图4所描述的法院从矿工患有矽肺症推定矿工完全丧失了劳动能力,这个推定也有其必要的经验根据。然而,这并不能否定证明的经验基础与推定的经验基础之间存在着本质差别,尽管非常态联系也有经验基础,但“常态联系”与非常态联系的经验基础有质的差别。证明具有理性逻辑、证据和理由论证的特点,其结论必须具有一定程度的必然性;推定则是从经验性常识直接引申出假定性、推测性结论的直觉活动,从方法上说它是一种“非论证性的推理”活动,它对作为结论的推定事实是否合乎逻辑地得自于基础事实是不过问的。

三、刑事证明责任与推定的关系

从推定是证明过程的中断这一研究结论出发,笔者认为,推定作为“证明责任的修补或者调

〔71〕 刘金友主编:《证据法学(新编)》,中国政法大学出版社2003年版,第263页。

〔72〕 前引〔2〕,《现代汉语词典》,第1376页。

〔73〕 邓子滨:《刑事法中的推定》,中国人民公安大学出版社2003年版,第29页。

〔74〕 前引〔4〕,艾伦等书,第852页。

〔75〕 Black's Law Dictionary 1196 (8th ed. 2004).

〔76〕 前引〔6〕,《元照英美法词典》,第1063页。

〔77〕 *Usery v. Turner Elkhorn Mining Co.*, 428 U. S. 1 (1976).

〔78〕 前引〔4〕,艾伦等书,第863页。

整方法”，〔79〕主要适用于民事诉讼领域，一般不能在刑事诉讼证明中加以应用，因为推定的应用将会“中断”证明过程，从而影响刑事证明的准确性和公正性。

（一）刑事推定的适用范围和条件

一个不容忽视的现象是，美国联邦证据规则仅有的两条关于推定的规则即第301条和第302条都是对民事诉讼中推定的规定。尽管第301条创设了一项“国会立法另有规定的”例外，第302条创设了一项“其推定的效果依据州法确定”的递延，〔80〕但并没有在文字上表明可以把这种例外和递延扩展到刑事诉讼领域。澳大利亚和印度的证据法也有类似的规定。〔81〕

推定主要适用于民事诉讼领域，是因为民事诉讼以“有效解决纠纷，维护当事人合法权利，从而维护社会秩序”〔82〕为宗旨，其事实认定过程受到当事人双方意思自治的约束。从图4-6所描述的情形来看，由于推定造成证明过程的中断，即使在民事诉讼中，一般也不允许用推测性的推定来代替运用证据的证明。只是在某些特定问题上，在遇到证明困难和考虑诉讼效率等特殊情况下，推定才是可以采取的“证明责任的修补或者调整方法”。在民事诉讼适用推定的情形中，举证责任或说服责任在当事人之间发生某种转移，使得双方不断提出证据对自己的主张加以证明，从而推动了诉讼的进程，也在一定程度上减少了案件事实真伪不明的情形。推定在对事实真相认识程度上存在的误差，在不影响民事纠纷最终解决的前提下是被容忍或允许的。例如死亡推定，在美国大多数州一个人失踪满7年便可推定其死亡。但这种推定只能影响当事人的民事权利和义务，如果用这个推定来追究刑事犯罪则是绝对不允许的。假定，余祥林的妻子失踪七年以上，在民事诉讼中可以推定为死亡；但在刑事诉讼中，则不能推定为死亡，而让被告余祥林承担证明其未死亡（非B）的责任。因为刑事诉讼中主体的不平等性、刑罚后果的严厉性，所以“刑事程序力争得到的真实，是真正的‘实质’的真实性；相反，民事程序中视双方当事人达成一致为真实，满足于认为的‘形式’的真实性。”〔83〕

推定毕竟不是证明，而是证明过程的中断。这种性质决定了推定在刑事诉讼中具有严格的适用范围和条件。我国学者对此虽有很多论述，如设置之必要性，举证之困难性，合理之关联性，反证之容易性等，〔84〕但由于不了解推定是证明过程的中断这一根本特性，这些论述均没有触及推定适用范围和条件的实质问题。刑事诉讼中的推定适用的实质问题有两个：一是不能违背无罪推定原则，不能用其代替对犯罪要件事实的证明；二是不能降低刑事证明标准，不能成为确信无疑标准的例外。

1. 刑事推定不能取代对犯罪要件事实的证明

刑事诉讼奉行无罪推定原则，且必须严格遵循举证、质证的证明程序。因此，推定的适用范围不能涉及犯罪要件事实。无罪推定原则对刑事诉讼中的证明责任进行了预先分配，国家承担着证明刑事被告人有罪的责任，“在刑事指控中，正当程序要求对构成指控的犯罪之每一项必要事实都要证明到确信无疑的程度。”〔85〕这种证明责任是不可转移的。推定不是对证明责任的预先分配，而是在其适用过程中对证明责任在当事人间的分配产生影响。因此，“刑事案件中的推定显

〔79〕 前引〔4〕，艾伦等书，第800页。

〔80〕 同上书，第867页以下。

〔81〕 参见澳大利亚联邦1995年证据法第182条、第183条；印度1872年证据法第79—90条。

〔82〕 参见我国民事诉讼法第2条。

〔83〕 [德]拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社1997年版，第126页以下。

〔84〕 参见陈运财：《刑事诉讼之举证责任与推定》，载黄东熊等：《刑事证据法则之新发展》，台湾学林文化事业有限公司2003年版，第478页。

〔85〕 前引〔4〕，艾伦等书，第821页。

然不能把举证责任和说服事实认定者的责任交给被告人。”〔86〕举凡世界各国证据法典，均无关于犯罪构成要件可以适用推定的规定，有的只是一些与要件事实无关的推定。例如，新西兰1908年证据法第6条（保存20年的书证之推定）只提及“在任何诉讼程序中，不论是民事诉讼还是刑事诉讼，如书证经证明或声称为不少于20年的，可当即作出推定。”〔87〕这说明，在刑事诉讼中，推定只对非要件事实的证明具有补充作用。

我国一些学者认为，刑事推定的适用范围包括“人类的心理内容；被告人‘独知’的事实；封闭环境或场所中发生的事件；一些特定种类的事件。”〔88〕还有论者列举了刑事诉讼中适用在犯罪主观方面的直接故意之推定、间接故意之推定、犯罪目的之推定等〔89〕。这些内容只要是涉及犯罪要件的事实，在刑事诉讼中都是不允许进行推定的。例如，在史蒂文·伊曼纽尔（Steven Emanuel）所举的假设情杀案证明环节中，关于一个爱那个女人的男人“是否具有除掉她丈夫的犯罪动机”的证明是允许的，但如果把证明换为推定，则是绝对不允许的，详见图8。

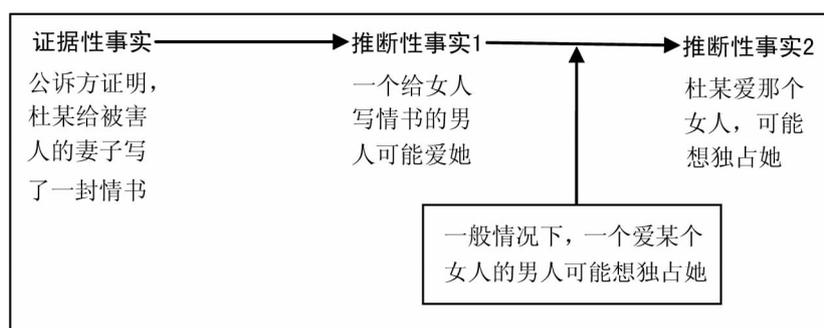


图8：证明的逻辑性和常识性

如图8所示，首先，原告提出证据性事实后，无论是举证责任还是说服责任，都不允许向被告转移，否则，就违背了无罪推定原则。其次，被告没有证明自己无罪或无罪的义务，因此，被告未能反驳基础事实A的情况，或者被告用优势证据反驳了基础事实A的情况，都应当是不存在的，否则，不仅违背无罪推定原则，也违反了不得被迫自证其罪的原则。正如有论者所言，在刑事诉讼中，不可将推定作为认定案件事实的证据加以使用，更不能直接用来推定被告人有罪，仅可以用于认定案件事实的某一方面的的事实。〔90〕

实际上，关于犯罪主观方面的直接故意之推定、间接故意之推定、犯罪目的之推定等议论，都混淆了“推定”与“证明”的本质区别。如果论者换一个概念说，直接故意之证明、间接故意之证明、犯罪目的之证明，那将是正确的。例如在图7中，以证据为基础的推论证明，在直接证据（证据性事实）、间接证据（推断性事实）和事实认定者认定的证据（要件事实）之间构成了一个逻辑严谨的证明环节。这个环节始于证据性事实（公诉方证明，杜某给被害人的妻子写了一封情书），到推断性事实1（一个给女人写情书的男人可能是爱她的），推断性事实2（杜某爱那个女人，可能想独占她）。其实，这个证明环节还可以再继续下去，推断性事实3（一个想要独占那个女人的男人可能想除掉她的丈夫）；推断性事实4（一个爱着那女人并想除掉她丈夫的男人可能计划那样

〔86〕 [美] 乔恩·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2004年版，第397页。

〔87〕 1908年新西兰证据法。

〔88〕 李富成：《刑事推定研究》，中国人民公安大学出版社2008年版，第19页以下。

〔89〕 参见贺平凡：《论刑事推定规则》，《政治与法律》2003年第2期。

〔90〕 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编：《刑事审判参考5》，法律出版社2004年版，第50页。

去做)；推断性事实 5 (一个计划除掉某人的男人可能做的是，杀掉他)。^[91] 这个证明环节把证据性事实与“杜某的行凶造成了被害人的死亡”这样一个要件事实，与适用于本案的实体法的要件之一联系起来即通过证明，才能说服事实认定者相信其提供的证据使要件事实更为可能。

在美国，一些著名的判例确立了这样的规则：一旦州检控方将一项事实算作犯罪定义的一部分 (比如，一项非法故意凶杀中的预谋)，那么，检控方就不能对该项事实创设一项转移说服责任的推定。与此类似，州检控方不能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。^[92] 美国联邦最高法院认为，结论性推定仅仅是一项实体法律规则，因此，一项关于推定的指示如果被陪审团理解为：除非被告提供了一定数量的证据，就要求他们认定该推定事实，该指示或许是违宪的。因为，“从本质上说，它允许因被告没能提供证据而被定罪”。^[93] 因此，在凯尔拉诉加利福尼亚州一案中，上诉法院判定，审判法院给陪审团的指示“减轻了温希普案中所清楚表明检控方的证明责任，即用证据证明凯尔拉犯罪的每个要件确信无疑。这两项指示违反了宪法第十四修正案。”^[94]

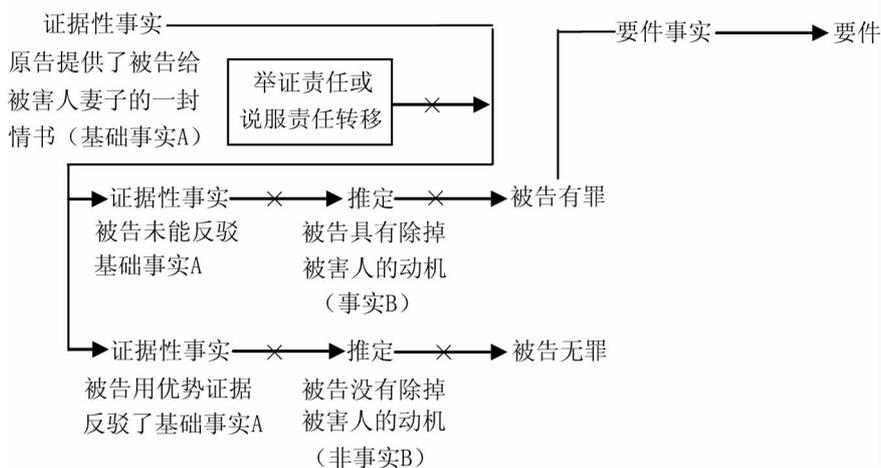


图 9：在刑事诉讼中不允许的推定

2. 刑事推定不能成为确信无疑证明标准的例外

在刑事诉讼中，“为保障无罪的人不受刑事追究，控诉方证明被告人有罪，对所指控的犯罪每一要件之必要事实的证明，应当达到确信无疑的程度。确信无疑是指同时满足以下四个条件：(一)没有任何具有说服力的证据表明被告人无罪，或存在着某种影响案件真实性的情况；(二)从常识上看，不存在任何无罪或影响案件真实性的可能性；(三)各种证据之间、证据与案件事实之间不存在对被告人有罪产生怀疑的矛盾；(四)对被告人实施犯罪行为的事实认定，合理地排除了其他可能性。”^[95]

在刑事诉讼的证明标准中，“确信无疑”与“排除合理怀疑”，只是译法不同而已。^[96] 与民事诉讼仅仅需要证明一项事实真实之可能性大于非真实之可能性的优势证据标准相比，刑事诉讼

[91] 参见前引〔4〕，艾伦等书，第 149 页以下。

[92] 温希普案，阿尔斯特县案。参见前引〔4〕，艾伦等书，第 816 页以下。

[93] County Court of Ulster County v. Allen, 442 U. S. 140(1979).

[94] Carella v. California, 491 U. S. 263 (1989).

[95] 张保生主编：《〈人民法院统一证据规定〉司法解释建议稿及论证》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 332 页。

[96] “确信无疑”和“排除合理怀疑”是“beyond reasonable doubt”的不同译法。

的证明标准是确信无疑，如果不是那么“确信”或存在合理怀疑，就必须以证据不足而推定或假定被告无罪并作出无罪判决。在刑事诉讼中，国家作为“原告”总是承担证明责任，必须对指控犯罪的所有实质性要素都达到确信无疑的证明，因此，强制性举证责任推定是绝对不能适用的。

在这个问题上，有学者主张把“承认推定构成排除合理怀疑规则的例外”作为解决刑事推定与确信无疑证明标准之间矛盾的第三种解决模式，并认为“第三种模式是合理的选择。它承认排除合理怀疑的规则可以突破，认为推定设立的正是该规则的例外，所以其本身无需满足排除合理怀疑的要求。”^{〔97〕}这里可能有一个误解，即把“排除合理怀疑”理解为是对包括一些细枝末节事实的证明标准，所以又引出下面一段补充性话语：“这种模式必须设立一个前提，即不允许例外颠覆所服务的价值。倘若容许例外肆意地践踏排除合理怀疑规则所代表的价值，则无罪推定原则将被架空。这意味着，推定的适用应该是有节制、有限度的，在何种情形下方允许创设推定（或者说构建排除合理怀疑规则的例外）是一个应当认真对待的问题。”^{〔98〕}

我们不得不说，在这里该作者没弄明白：“排除合理怀疑”标准仅仅适用于检控方“对构成指控的犯罪之每一项必要事实”或要件事实的证明，并不适用于刑事案件中一些细枝末节事实的证明。例如在美国，证明一项非法故意凶杀而得出预谋之“结论性推定”是违宪的；从刑事被告人的自由权益、免于污名的权益以及公众对刑事法律的信心这三项考虑因素出发，著名的温希普案在适用排除合理怀疑的证明标准时确立了如下原则：第一，使犯罪的规定要素不可反驳的推定是违宪的；第二，向被告人转移关于犯罪要素说服责任的推定也是违宪的；第三，如果根据案件中的证据，在已证明的事实和推定事实之间的关系符合“比不可能更可能”的标准时，许可性推定是合宪的。^{〔99〕}因为许可性推定是事实认定者“可以”而“非必须”认定的事实，如图7所示，许可性推定类似于证明环节中的一个推断性事实，被告未能履行举证责任或说服责任并不必然承担对自己不利的结果，因此没有造成原告证明过程的中断。

我国实行社会主义法治，同美国一样地珍视每个公民的自由权益、免于污名的权益，也同样需要公众对刑事法律的信心，所以我国的刑事诉讼证明标准应与美国并无二致。在刑事诉讼中，确信无疑或排除合理怀疑的证明标准是不能有例外的，控诉方对所指控的犯罪每一要件之必要事实的证明，应当达到确信无疑的程度，不能降低标准而得出“结论1：只有在满足相应的实体与程序标准时，才允许适用将提出证据的责任或说服责任转移给被告人的刑事推定，后者构成排除合理怀疑的例外。”^{〔100〕}因为在这里，“满足相应的实体与程序标准”是一个模糊、抽象的前提，它并没有说明究竟在什么情况下，“才允许适用将提出证据的责任或说服责任转移给被告人的刑事推定”。实际上，对构成指控的犯罪要件事实的证明，在任何情况下都不允许有“排除合理怀疑的例外”。“因为刑事法律在处置犯罪嫌疑人、被告人的时候，涉及对他们重大权益的剥夺，所以，审慎、精确应当是刑事案件承办机关追求的目标，而推定恰恰不具有这种确定性。”^{〔101〕}

（二）推定的价值追求使其不能承载刑事证明的重任

关于推定创设的理由，摩根认为，可使诉辩中不属于严重争执主题的不用必要之举证；避免了因证据不足证明推定事实的困难。^{〔102〕}美国有学者也认为，一些推定的创设目的是纠正由于一方当事人更容易证明而引起的不平衡；也可以避免诉讼陷入僵局，达到一定的结果；节省了时

〔97〕 前引〔28〕，劳东燕文。

〔98〕 同上文。

〔99〕 前引〔4〕，艾伦等书，第870页，第874页。

〔100〕 前引〔28〕，劳东燕文。

〔101〕 前引〔73〕，邓子滨书，第18页，第19页。

〔102〕 参见〔美〕摩根：《证据法之基本问题》，李学灯译，世界书局1982年版，第58页、第59页。

间。^[103]我国有学者概括说：“推定的主要作用，是减少不必要的证明和避免难以完成的证明……推定具有降低诉讼成本，提高诉讼效率，维护社会法律关系的稳定等功能”。^[104]例如，在关于邮寄和收到信件的推定中，双方当事人都有可能知道信件是否收到的信息，无论哪方承担一般举证责任，都会使诉讼变得复杂化，推定的使用无疑简化了这个证明过程。显然，推定的重要价值基础之一是效率。

关于婚生子女推定的正当理由在于，可以“安定身份关系，保护出生子女的合法权益，有利于树立家庭观念，稳定业已存在的婚姻关系所产生的既存状态，强化父母对在婚姻关系存续期间所生子女所应承担的社会义务与责任”。^[105]同样，在劳动关系存续期间，劳动者在工作场所发生的人身伤害，推定为工伤，除非资方能够证明劳动者的伤害是由自己故意造成的。这个推定保护了处于弱势地位的劳动者的利益。例如，美国1969年联邦煤矿卫生和安全法规定，拥有10年工龄的矿工证明患有肺尘病时，法律就绝对推定该矿工完全丧失了劳动能力，因此其有权得到赔偿。^[106]显然，推定的重要价值基础之二是和谐。

证据所要解决的是事实认定问题，准确和真实是其基本要求，只有准确认定事实，才能有效地解决争端，维护诉讼各方的合法权益。我国刑事诉讼法第2条对“准确”“查明犯罪事实”作出了明确规定，并从“惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究”两个方面强调了准确性的意义。以相关性为逻辑和经验基础的举证、质证是证明的两个阶段，它们是准确性的可靠保证。准确、公正、和谐与效率构成了证据法的四大价值支柱，但这些价值的位阶是不同的。如果说准确是实现司法公正的前提，公正是证据制度的首要价值，那么，和谐和效率与准确、公正相比仍属相对次要的价值。因此，在这些价值发生冲突时，应当通过价值权衡，区分轻重予以兼顾。

在不同诉讼活动中，对事实的认定必须达到一定证明标准，这是准确性的要求。准确性在民事和刑事诉讼证明标准中的程度有所不同，民事诉讼的证明标准一般仅需要达到事实之真实性的概率较大的程度；而在刑事诉讼中，国家作为“原告”不仅总是承担证明责任，而且对指控犯罪的所有要件事实的证明都要达到确信无疑的程度。从追求事实真相的角度看，推定的主要作用是减少不必要的证明，在准确和效率、和谐这些价值中其偏重的是效率与和谐，对准确性则有所忽略，而推定的滥用毋宁说就是牺牲准确性来换取效率与和谐。例如，就强制性可反驳推定来说，“创造特殊证明责任规则的目的一般是为了精细地调整证明过程，提高理性和准确事实认定的目标或分配证明责任的其他目标。”“然而，由于推定分析中的复杂性和混乱性，使用推定经常转移而不是提高了这些目标。”^[107]因此，从提高事实认定的准确性和公正性来说，确信无疑的证明标准在刑事诉讼中发挥着极其重要的作用，是任何推定都不能逾越的一条底线。如果过分追求效率与和谐，甚至把刑事推定当作确信无疑证明标准的例外而滥用，在理论和实践上都可能会误入歧途。因为刑讯逼供可能比推定更有效率，^[108]但我们不能为了追求效率而退回到刑讯逼供。

综上所述，证明是一种事实的推导，是对证据性事实与要件事实之间相关性联系的确证或断定，是一个逻辑地推想和论证的过程，其结论必须具有一定程度的必然性。推定则是推测和想象，一般并不特别关注基础事实与推定事实之间是否具有相关性、合逻辑性，而是基于某些社会

[103] 参见 [美] 约翰·W·斯特龙主编：《麦克密考论证据》，汤维建等译，中国政法大学出版社2004年版，第663页。

[104] 前引 [28]，何家弘文。

[105] 前引 [20]，江伟主编书，第347页。

[106] 30 U.S.C. § 921(c) (1994). 参见前引 [4]，艾伦等书，第854页。

[107] 前引 [4]，艾伦等书，第855页。

[108] 日本法学家棚濑孝雄认为，如果以“一定人力或物力为基数平均所解决的纠纷件数”作为标准来衡量的话，恐怕近代的司法制度会被视为最无效率的纠纷解决方式。参见 [日] 棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社1994年版，第26页。

政策而创设一种法律关系,因此是一种暂时性假定,是逻辑证明过程的中断。从效力上看,证明是履行证明责任的行为,受到证明标准的限制,一旦证成,便直接决定了案件的判决结果;而推定仅仅免除或转移了对假定事实的证明责任,因此,可反驳的推定一旦被反驳证明所推翻,便烟消云散。在刑事诉讼中,推定虽非绝对不允许使用,但其适用范围和条件应当受到以下两个方面的严格限制:一是不能违背无罪推定原则,不能替代对犯罪要件事实的证明;二是不能降低刑事证明标准,不能成为确信无疑证明标准的例外。

Abstract: Presumption belongs to the category of evidence law, which indicates the legal relationships between basic facts and presumed facts. Presumption includes two forms, that is, the irrebuttable and rebuttable presumptions. In litigation, fact-finding includes three stages: adducing, examination and ratification of evidence, and the former two stages constitute the process of proof. Presumption is an intellectual activity between proof and inference. Permissive or “weak” presumption has some characteristics of inference, while the irrebuttable presumption and the rebuttable presumption of burden of proof and persuasion are not proof, but the interruption in the process of proof.

Proof is a process of logical argument on facts. It is an establishment or assertion of the relevancy between evidential facts and constitutive facts and its conclusion must have a certain necessity. Presumption is an intuitive activity in which presumptive conclusion can be drawn from experiential commonsense directly. Presumption does not need to be proved by evidence and there are no chains of proof. Thus presumption is a temporal assumption and a type of legal relationship established on certain social policies. It is an interruption in the process of logical proof.

It is no doubt that presumption simplifies the process of proof, raises efficiency of litigation and maintains the harmonious value. However, as an amendment or adjustment method of the burden of proof, presumption is mainly applied in civil cases and can generally not to be used in criminal cases, because presumption can “interrupt” the process of proof and shake the accuracy and justice of criminal proof. Of course, presumption is not absolutely prohibited in criminal cases, but the domains and conditions for its application should be limited strictly. Firstly, the principle of Presumption of Innocence should not be violated and the proof of constitutive facts should not be displaced by presumption. Secondly, the criminal standards of proof should not be degraded. To enhancing the accuracy and justice in fact-finding, the standard of beyond reasonable doubt is the bottom-line which no presumption can overstep.

Key Words: presumption, proof, policy, relevancy
