

论推定法则

叶自强*

目次

- 一、引言
- 二、推定的概念和性质
- 三、推定的分类
- 四、事实上的推定
- 五、推定的效力
- 六、推定的历史回顾及发展趋势
- 七、无罪推定
- 八、推定在民事侵权诉讼与刑事上的区别
- 九、过错推定与无过错推定
- 十、民事侵权诉讼中推定的发展取向
- 十一、结语

* 叶自强系中国社会科学院法学研究所助理研究员。

一、引言

人类长期的诉讼实践表明,法院在确定某一案件事实时所采取的方法,除大量通过获取与本案有关的所有证据或主要证据,经综合分析后再行决断之外,有时也必须借助推定法则,求得问题的解决。这两种决案手段之间的区别主要在于精确度上的不同。也就是说,通过证据证明而得出的结论往往较为精确;而运用推定法则,人们可以很容易地依据经验法则和逻辑思维得出结论,但在精确度方面则逊色一些,因此它是一种较容易采用的但不精确的方法。

推定是由推论演化而来的,在社会实践中,人们从自己或他人的经验中可以归纳出关于某种现象的结论,这就是推论。其中有一些推论,其结果常常是同样的,这便逐渐形成一种推定法则。这种法则的早期形态是人的推定,后来才发展为法律的推定,人的推定往往具有极大的随意性。18世纪著名的法国启蒙思想家孟德斯鸠曾经写道:

“按照罗马法,一个丈夫在妻子犯奸淫后仍然留她的话,将受到处罚,除非他是处于惧怕诉讼的后果,或是对自己的羞耻满不在乎,这是人的推定。法官就要推定这个丈夫行为的动机,对一个暧昧不明的思想情况,他却要做出决定。”^①

当法官推定的时候,判决就充满了专断,引起了人们的强烈反对,因而为法律上的推定所替代。例如法国的法律(1702年11月8日的法律)把一个商人在破产前10天内所作的一切行为,都

^① 孟德斯鸠著:《论法的精神》(下册),商务印书馆1994年版,第299—300页。

认为是欺骗性的，由于这种推定是法律本身作出的，所以是法律上的推定。这种推定比人的推定要好得多，因为当法律推定的时候，它就给法官一条明确的准则。

关于推定的根据存在不同的看法。有人认为，推定之所以存在，是因为它体现了最可能的、经过经验检验的相互联系。在司法判解中，有人承认推定是一种植根于经验或公共政策，便于认定事实的法则，建立此种法则，是为了在审判中寻求真实。在陪审制度下，法官对陪审员十分担心，因为缺乏法律素养的陪审员往往易受个人的偏见、对弱者的同情心及其他各种不正当因素的影响。在这种情况下，法官以符合逻辑为前提，建立一定的推定法则给予指导，来控制陪审团对于证据的判断。然而有人怀疑推定的根据，认为其许多假设的条件不可靠，例如在无法了解确切情况的条件下，推定数人基于同样的原因（飞机失事、船舶沉没、火车出轨等）而死亡的先后次序问题，值得考虑，因为在这里，任何设想方案都是虚构的。^①尽管如此，由于推定与证明程序有着密切的关系，它已成为一项证据法则。实际上，从证据法的角度来看，推定法则之创设的最现实的根据在于，在若干事实的真相不明和任何人均难于举证的场合，或者该事实的欠缺将使其他法律效果无从发生时，不得不推想，假定或拟制其内容，作为适用法律的根据，并使享受推定利益的人毋庸就所推定的事实举证。

在诉讼实践中，推定作为一种技术性手段，有时在替代证据证明方面发挥着重要作用。

第一，推定对当事人举证责任的分担具有重要影响。就举证责任的观点而言，推定是指根据成文法或判例法规则，由某种事实（基础事实）的存在，而推定另外一种事实（推定的事实）的

^① [前苏联] 普钦斯基著，《美国民事诉讼》，江伟、刘家辉译，法律出版社1983年版，第103页。

存在。推定的法律效果是移转举证责任。依某些英美学者的见解，如果一方提出法律推定，就把举证负担转移到对方。如当事人主张其作为婚生子女对父母的财产应有的权利，其就有证明自己为婚生子女的特定负担。如果其能证明是在合法的婚姻关系中出生的，婚生子女的推定即告成立。在这种情况下，通常认为推定起着转移举证负担的作用。有的学者不同意这种观点，如诺克斯(Nokes)指出：“尽管否认当事人为婚生子女的一方有特定的举证负担，但这项特定的举证负担是与原告的特定举证负担不相同的。原告有证明一系列事实的义务，被告则有提出不同事实的证据的义务。例如，已付款的证据。转移负担是指甲放下他的担子，乙则捡起了另一个担子，甲从未把他的担子交给乙，乙也没有把他的担子退还给甲。所转移的义务实际是指证明不同事实的义务。”^① 总的来说，在通常情况下，主张某种事实的人负有首先提出证据的义务，而在法律规定推定时，主张推定事实的人首先不用提供证据，而由反对推定的人首先提供证据。享受推定利益的人对于反对者的证据，可以提出反证，然后双方当事人之间的举证责任继续转移。利用推定来分配举证责任问题，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的方法，曾以违反法律程序为由宣布这些文件违宪。^②

第二，可使辩论与控诉中的非主要争点，免于举证。如在刑事诉讼中，控诉方原须证明某人精神健全，而无可为合理的怀疑，现则推定其精神健全便可。这项推定也为法院审理案件节省了时

^① 沈达明编著：《比较民事诉讼法初论》（上册），中信出版社1991年版，第274页。

^② [前苏联]普钦斯基著：《美国民事诉讼》，江伟、刘家辉译，法律出版社1983年版，第104页。

间。^①

第三,避免对于推定之事实因证据缺乏而产生程序上的僵局,就是说,运用推定法则,能够解决一般证据走入死胡同的问题。^②如在美国大多数州中,失踪满7年的,推定其死亡,而不固定其死亡日期,少数州则将死亡日期固定于第8年开始,推定生存7年后死亡。关于这一点,还可通过时效制度在证据法上的意义得到说明。一种事实状态长期存续,必然导致证据甄灭,证人死亡,此事实状态是否合法,证明起来十分困难。实行时效制度,凡时效期间届满,即推定不行使权利的人丧失其权利,系以时效为证据的代用,可避免当事人举证及法庭调查证据的困难。

第四,避免对于推定的事实因无法获得合法的适当的证据而产生的窘境。在许多欧洲大陆法中都有如下规则:主张对于动产所有权的人,如果他实际上占有了这些动产,就无须证明他怎样取得这些动产的事实,除非这些动产是由前所有人处偷窃来的或者是前所有人所遗失的;而他的对方则必须提出事实来证明这个占有人不是所有人。如果没有此项规定举证责任的推定,那么占有和所有权之间的真正关系将完全混乱,而法律赋予占有的许多作用之一就将消失。在英格兰法院须处理它自己所国内法上所没有的那些实体法制度的情形,这点就更加明显。例如,在处理夫妻所得和利益共同财产制的情形,一个物件究竟是属于丈夫的分别财产,还是属于妻子的分别财产,是经常发生疑问的,而一些法典则规定夫妻中主张分别财产的一方有举证责任。(法国民法典第1499条,德国民法典第1527条)这是一个把财产推定为属于

^① 沈达明编著:《英美证据法》,中信出版社1996年版,第71页。

^② 同注^①。

夫妻共同财产，但可以反证的推定。^①

第五，推定往往与盖然性占优势的标准相符合。即是说，通过推定可产生一种符合盖然性的优势的结论。这种结论的真的可能性如此之大，除非另一方当事人提出有力的反证，就应该作出对一方当事人有利的裁决。按照这种观点，对于依人类共同经验，认为普遍信为真实的事实，法院得认知为真实。如美国 1878 年一个判决指出，精神健全是人的正常的、通常的状态，因此法律推定每个人都处于这种状态。不过这一解释不能适用于所有推定。^②

第六，能够使通过特殊方法接触事实及事实之证据的当事人一方，向法院提出这些事实及证据。例如货物交付最初的运送人时，情形良好，但至最后运送人交付受货人时，产生瑕疵。在此种情况下，货物所受的损害，推定为最后运送人所造成的。再如在劳务成果租赁契约中，工作已完成，尚未验收而发生事变，致使标的物毁损或灭失，对这种风险如何承担，民法学界一般认为，定作人只能对不可抗力造成的损失负责，一般事变造成的损失应由承作人负担，因为标的物是在承作人的掌握之下，应推定他在保管标的物方面没有尽到善良家长的注意。但承作人如能证明损害的发生由于可归责于定作人的事由（如由于定作人所提供的材料的瑕疵或损害是发生在定作人受领迟延之中），则风险仍须由定作人承担。

第七，以某种事实的存在为基础，可以达到所期望的结果。早在公元 3 世纪，罗马法规定了长期时效制度，其目的非如取得时效为弥补所有权之瑕疵或为解决所有人举证的困难，而是保护经

① [英] 马丁·沃尔夫著：《国际私法》，李浩培、汤宗舜译，法律出版社 1988 年版，第 345 页。

② 沈达明编著：《英美证据法》，中信出版社 1996 年版，第 70 页。

久的占有人，以稳定社会经济秩序。因原物主既长期不行使其权利，即可推定他抛弃其权利甚或权利根本不存在。这种时效的期间为，不论动产或不动产，当事人同住一省的为10年，异省的为20年，期满后占有人即有权拒绝所有人的诉追。之所以这样规定，是考虑到当事人同住一个地方，所有人容易照管自己的财产，也容易发现自己的财产被侵占，反之则相反。这种制度为现代民法所继承，许多国家规定，如长期持续占有不动产，似为占有人之所有，在这种情况下，推定该不动产属于占有人。

在英美法国家，推定是证据制度中一个重要的组成部分。由于它同调整财产关系的民事实体法规范的内容有着极为密切的关系，所以美国学者华尔兹指出，推定在民事诉讼中扮演着比在刑事案件中更为重要的角色。事实上，美国在民事案件中可以适用的可反驳性事实推定不胜枚举。^①例如，推定某人具有纯贞的美德；推定人们知道其居住的州和国家的法律；一封以恰当方式寄出的信件可以推定已经被其收信人收到了；一辆汽车上印有文字——联合货运公司——可以推定为其所有人的名称；所有人都可以推定为有偿付能力；政府和社团成员在执行公务时，可以推定其行为是合法行使的等等。美国码头和海港工人赔偿法规定，装卸工人受伤推定不是纯粹由于过激饮酒所导致。^②

尽管推定在诉讼中具有重要的意义，但是，诚如我们一开始就已经谈到的，利用推定法则的得出的结论往往不精确，因此它的作用受到了很大限制。这是因为，推定是人们利用归纳法从人们的经验中推理出来的，也就是说，形成推定的基础或根据是人们的经验，而经验的作用是有限的，经验通常不能用作前提。英

① [美] 华尔兹著：《刑事证据大全》，中国人民公安大学出版社1993年版，第315页。

② 王名扬著：《美国行政法》，中国法制出版社1995年版，第472页。

国哲学家罗素认为：

“我发现大多数关于非证明的推理的讨论是过于限于归纳法的研究。我得到的结论是，归纳的论证，除非是限于常识的范围内，其所导致的结论是伪常多于真。常识所加的界限容易感觉得到，但是不容易用公式说出来。最后我得到的结论是，虽然科学上的推理需要不能证明、逻辑以外的原理，归纳法并不是这种原理之中的一种。归纳法有它的作用，但是不能用作前提。”“另一个我不得不得出来的结论是，如果我们只知道能够经验得到或能够证实的东西，不仅科学，而且大量人所不能加以怀疑的知识都是不可能的。我觉得以前是过于重视了经验，因此我觉得经验论这种哲学非大受限制不可。”^①

罗素还指出，在本质上，非证明的推理只是给结论以盖然性。^②什么是非证明的推理？依我的理解，是指这种推理的前提是一些不用证明即为真的事实、即真的事实。用这些真的事实进行推理。罗素采用的“归纳的论证”就是这个意思。他认为，非证明的推理（推论）不能用作前提。因此，他主张采用分析的方法。他认为：

“从粗糙的事实过渡到科学，除了演绎逻辑以外，我们还需要另外一些推理的形式。传统上认为归纳法就可以做这个用。但是这种想法是错误的，因为从正确的前提所得到的归

① [英] 伯特兰·罗素著：《我的哲学的发展》，温锡增译，商务印书馆 1996 年版，第 174—175 页。

② 同注①，第 174 页。

纳推理的结论，错误的时候多，正确的时候少，这是有明证的。用分析才能得到从感觉过渡到科学所需要的推理原理。所要做的分析乃是把事实上没有人怀疑的那些种类的推理来加以分析。”^①

罗素之所以强调分析的方法，并不是对这种方法有所偏爱，而是他从科学史的研究工作中得出的结论。分析的方法对于任何一门科学的建立都是至关重要的，这是众所周知的事实。与分析的方法相反，归纳法则是采用综合的方法，它对于任何一种靠精确性立足的科学来说，总是不完善的，因而是欠理想的方法。因此，我认为罗素的看法是正确的。

二、推定的概念和性质

人们对“推定”一词下过不同的定义。例如《法国民法典》第1349条规定：推定为法律或审判员依已经知的事实推论未知的事实所得的结果。《美国统一商法典》第1—201条第31款规定：“推定”或“假设”，是指事实的审理者必须发现该推定事实的存在，除非并且直至提出对该推定的不存在予以认定的证据。^②就是说，如果别人没有提出证据证明该事实不存在，则认定事实的人应当以假设该事实存在为出发点。《美国联邦证据法规》第301条规定，可以推定使某一当事人承担义务，提出证据反驳假设。《加利福尼亚州证据法典》第600条规定，推定就是根据另一事实的

^① 罗素著《我的哲学的发展》，温锡增译，商务印书馆1996年版，第189页。

^② 《美国统一商法典》，石云山等译，上海翻译出版公司1990年版，第6页。

证明力或若干事实的总和，假设某一事实的存在。^①

这些定义之间的差别，实际上说明对一些主要问题，首先是对推定的性质和分类问题，存在一系列不同的看法。

法学家们对于应该把推定识别为诉讼法制度还是实体法制度存在争议。依某些学者的观点，推定是实体法上的制度，而另一些学者认为，推定为诉讼法制度。应该认为，后者的观点是正确的，这是因为，即使在实体法中的法定事实是通过正常途径获得的情况下，也存在用法律上推定的方式获得的证据。但推定不仅与实体法中的事实有关，而且也可能与诉讼法中的事实有关。^②

为了说明推定的性质，设事实 X 为基础事实，即引起推定的事实，事实 Y 为推定事实，即必须假定的事实。法律上的推定是指，当基础事实存在时，必须假定推定事实存在，至于该事实是否合乎逻辑地得自基础事实，在所不问。这种基础事实的确立，在诉讼中或是根据证据所认定，或是根据法则所认定（如由于法院认知，或如英美法上当事人的约定等）。推定是因该事实的确立，根据法则而作出的关于另一事实的假定。因此，推定本身并非证据，而是一种证据法则。

事实上的推定，本质上属上推论。它是根据经验法则和逻辑规则进行推理而得出的结论。就是说，当事实 X 在诉讼中已经确立时，则事实 Y 的存在，可以用一般的逻辑法则推出。例如，当审理事实的人，认定事实 X 存在时，即得推定事实 Y 存在。事实 X 为基础事实，它与事实 Y 之间，存在着合理的或然性，因而适用逻辑法则推而得之。这种基础事实，在法律上应该是明了的事

^① 普钦斯基著：《美国民事诉讼》，江伟、刘家辉译，法律出版社 1983 年版，第 102 页。

^② 李双元、谢石松著：《国际民事诉讼法概论》，武汉大学出版社 1990 年版，第 417—418 页。

实。该事实的确立，不限于以证据证明的事实，其他如法院所认知的事实（显著事实），或职务上已知的事实，均可以作为基础事实而进行推论。

三、推定的分类

从立法的角度来看，关于推定的分类，大致有两种情况：三分法和两分法。前者为英美法国家采用，后者则为大陆法国家采用。^①

（一）三分法

这是英美法上的一种传统分类。依该分类法，推定包括不可反驳的法律推定；可反驳的法律推定；可反驳的事实推定。^②

1. 不可反驳的法律推定。亦称决定性推定，这种推定所针对的是法律不允许提出证据予以反驳的事实，虽然它在形式上与证据法相联系，但实际上却是用程序法语言表示出来的实体法规则。例如，当两个以上的人死亡，人们无从知道谁先死时，英格兰有一项虽难以令人满意却很简单的规则；“长幼的顺序”具有决定意义，即是说，关于财产权问题是按年龄推定死亡的先后，即年长者死在年轻者之前。举例来说，一对在伦敦拥有住所的波黑难民，在萨拉热窝因遭导弹袭击而死亡；丈夫比妻子大几岁。根据英格兰法，推定丈夫先死，所以妻子继承其财产，并且以这笔财产作

^① 英国证据法学者克罗斯（Cross）提出了四分法，即把推定分为：结论性推定、说服力推定、证据性推定与临时性推定。但此四分法未经判例采用。我国学者沈达明教授认为，克氏的分类法“很能说明各种推定之间的差异。参见沈达明编著：《英美证据法》，中信出版社1996年版，第68页。

^② 沈达明编著：《比较民事诉讼法初论》（上册），第272页；〔英〕塞西尔·特纳著《肯尼刑法原理》，华夏出版社1989年版，第486—487页。

为她的财产的一部分而遗留给她的继承人。

2. 可反驳的法律推定。这种推定成立的条件是没有别的证据与被推定的事实相冲突。它只能为案件事实提供表面看来确实无疑的证明,这种证明可以被否定它的证据或与它相冲突的更有力的相反的推定所推翻。例如18世纪美国奴隶制存在的时期,在那些拥有奴隶的各州中,曾经存在过这样一种表面看来不容置疑的推定:每一个黑人或黑白混血儿都是奴隶,除非他能够证明自己是一个自由民。^①其他实例,如失踪满7年以上的人推定已死亡;父母以子女的名义购置的财产推定为赠与不构成信托。

3. 可反驳的事实推定,这种推定与前述的两种推定一样,都是对事实所作的推定,但是法律并不要求陪审员们必须作出这种推定,而只是提醒他们可以作出这种推定。因此,事实上的推定与法律上的推定的差别在于:法律在前一种情况下不要求法院适用推定,而在后一种情况下法院不但可以而且必须适用推定。对事实推定的本质可以作这样的描绘:当事实X得到证明时,陪审团就可以作出关于事实Y的结论——这是陪审团在每一个案件终结时都要面临的任务。^②基于以上描绘,我们可以认为,事实上的推定是以间接证据为依据的,因此这种推定与法律上的推定相比而言,是一种较脆弱的推定。在一个案件中有证明力的间接证据,在另一个案件中可能没有。^③

事实推定的内容繁多,如一个人生存这一事实可从他在前一个星期活着,身体健康的事实中推定出来;从一个人隐藏证据这一事实,可以作出该证据对他不利的推定等。英国学理和判例有一个未解决的难题,即可反驳的事实推定是否只影响举证或者其

① 《肯尼刑法原理》第486—487页。

② 同注①。

③ 参见沈达明编著:《英美证据法》,第70页。

本身具有一定的证据力量。这一问题的重要性在于，如果事实推定本身并没有证据力，那么当对方提出其他证据方式时，法院将根据这些方式作出裁决，该事实推定将不产生任何效果。^①

在上述分类中，不少学者否定不可反驳的推定之存在。如英国的詹姆斯·菲利普在《英国法导论》一书中说，不可反驳分推定规则“实际上是一项法律规则而不是一项‘推定’”。英国高级律师罗纳德·沃克在《英国法律制度》中谈到不可反驳的推定时说：“其实它并不是推定，而只是以推定术语表述的实体法规则。”^②我国学者陈一云先生指出：“推定既然是一种假定，即使具有合理性，也并非都符合实际，理应允许反驳、争议，如果否定者提出的证据足以推翻推定的事实，就应当排斥其适用，而确认由证据所证明的事实。对那些法律条文使用了‘推定’一词，但不能争议、反驳的，应依其具体内容来确定为何种规定，而不能作为推定的一种。”^③李学灯先生亦认为，所谓法律上的决定性推定，“成为法律拟制的推定，实无推定的性质。”^④日本学者兼子一先生在分析了日本民法之后指出，有的法条虽有“推定”一词，但无推定的前提事实（如《日本民法》第186条关于占有的推定），或者其前提事实同推定事实一起成为要件时，尽管其规定好象在但书中例外一样的积极要件，但这并不是真正的推定，实际上只不过是规定对方当事人负担反对事实的举证责任。有时把这种规定叫做暂定事实。如第162条规定的取得时效的要件是根据第182条规定占有人的所有意思、善意、平稳、公然地占有，就可以推定占有人拥有该占有物的所有权，所以主张取得时效的人没有

① 沈达明编著：《比较民事诉讼法初论》（上册），第273页。

② 参见中国社科院法学所编：《法学译丛》，1984年第2期，第48页。

③ 陈一云主编：《证据学》，中国人民公安大学出版社1991年版，第164页。

④ 李学灯著：《证据法比较研究》，第260页。

举证责任。商法第 503 条第 1 款所规定的“为营业而为”的事实，由于根据该条第 2 款可以推定，所以不是积极的要件。^①在美国学理及立法上，可反驳的法律推定占主导地位。有的学者认为，“人人知法”、“幼儿不犯重罪”等一类所谓不可反驳的推定，都是实体法规范，只是采用了推定的表述方式。在他们看来，实行推定的时候，必须在法律规范中有相应规定，要求在没有证据令人信服地驳倒假定事实的情况下，从一个已经认定的事实中得出另一个事实存在的结论。这种观点已为《联邦证据法规》第 301 条及其他不少规范性文件所接受，并在实践中得到发展。例如 7 年下落不明的人被认为已经死亡，遗嘱是由精神正常的人制作的，投保人自杀是故意的，文书上的签字被认为是真实的（美国统一商法典第 3-307 条），哪里的普通法都一样，立法文件都符合宪法等。^②

（二）两分法

有些大陆法国家把推定分为法律上的推定和事实上的推定。后者亦称法院的推定或裁判上的推定、显而易见的推定或表见证明、非法律上的推定等。这种分类以法国、日本为代表。

《法国民法典》第 1349 条规定：“推定系法律或法官从已知的事实推论未知事实得出的后果。”依该条规定，推定可分为法律上的推定和非法律上的推定。前者是指，为特别法所加于一定的行为或一定的事实的推定（第 1350 条）；后者是指，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，并且只于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。（第 1353 条）

① 兼子一，竹下守夫著：《民事诉讼法》，法律出版社 1995 年版，第 113 页。

② 参见普钦斯基著：《美国民事诉讼》，第 102 页。

法国学者认为，法律推定为立法者写入法律条文的推定，构成一种证据方式。法官的演绎系根据当筭人在诉讼文件中指出的迹象。法律当然不能列举各种各样的迹象，所以《法国民法典》第1353条只是规定法律只能采纳严肃的、正确的、前后一致的推定。从表面上看似乎必须有多种迹象，但法国判例认为一个就足够。确定迹象的证据力属于法官的自由裁量权。不过《法国民法典》1353条同时规定，只有在法律上允许使用证言的场合，才能使用推定。^①因为法律认为推定是不完善的证据方式，是危险的、不可靠的，例外情况下才能采纳，而且并不约束法官。^②

应当指出，法国虽然没有把不可反驳的法律推定作为一种独立的推定类型，但在立法中也作了规定。如《法国民法典》第1352条第2款规定：“依法律上的推定，一定的行为应视为无效，或应视为不发生诉权者，不得提出证明以推翻之。”法律宣布无效的某些行为，如第911条“对无受领赠与或遗赠能力之人所为的赠与或遗赠，”对之不给予诉权。这种推定是绝对的推定。

依日本学者的观点，推定包括法律上的推定和事实上的推定。事实上的推定是指在具体诉讼中，法官根据自由心证原则依一定的证据推定系争事实。法律上的推定是指法规的内容规定为“如果是X就推定Y”的情况。于是，事实Y就成为其他法律条款的要件事实。在此种情况下，只要X（前提事实）替代Y（推定事实）被证明，就承认该法律条文所规定的效果。但是即使事实X存在，对方当事人也能提出证明事实Y不存在的反对事实，仍可以妨碍其法律效果的产生。从这一点来看，推定是拟制的，即不同于“如果X是事实就视为Y是事实”（决定性推定——笔者注）的规定，因而Y是可以被推翻的。即推定意味着既允许主张其法律

① 沈达明编著：《比较民事诉讼法初论》（上册），第312页。

② 同注①，第317页。

规定效果的人选择它作为证明的主题，又要使想推翻它的对方当事人负担反对该事实的举证责任。^①

对这两种推定允许反驳。这是由推定的不精确性或盖然性所必然得出的结论。在两件事实之间，存在真理的相合说与盖然性的相合说这样两种观点。罗素不承认真理的相合说，但认为有一个盖然性的相合说，他说：

“这个盖然性的相合说是很重要的，而我认为是有有效的。假定你有两件事实和连接这两件事实的一个因果原理，这三者合起来的盖然性就可能大于其中之一的盖然性，而且这互相连接的事实和原理越多越复杂，则由其互相相合而来的盖然性就越增加起来。要知道，若不把原理引进来，一堆假定的事实既不能说是相合，也不能说是相抵触，因为若不靠逻辑以外的原理，无论两种什么事实都不能彼此相蕴含或者相矛盾。”^②

我认为，对于两件事实，例如，一件是诉讼中发生的尚待证明的事实，另一件是人们已经掌握的有关案件的证据事实；或者简而言之，一件是待证事实，一件是证据事实，它们之间存在完全相合与不完全相合、或根本不相合三种情况。也就是说，同时存在真理的相合说与盖然性的相合说两种情况。但是，对于发生在不同的场合的不同的案件，这两种相合说的概率决不是相同的。特别是在推定的场合，真理的相合的概率肯定要低于盖然性相合的概率，这是由推定的性质——不精确性——决定的。因此，从推定的角度来看，罗素先生的上述观点是有佐证的。

① 参见兼子一、竹下守夫著：《民事诉讼法》，第112页。

② 罗素著：《我的哲学的发展》，第187页。

从诉讼意义上而言,允许对推定进行反驳还有另外一种理由,即推定所依据的经验或常识有时沾染了理论,而理论有的是有偏见的,欠公允的。罗素在论及经验科学的使命时曾经写道:

“但是没有一门经验科学只是意在成为一篇能自圆其说的童话,而是意在包含一些命题能用于实在的世界,并且因为这些命题和实在世界的关系而使人相信这些命题之为真。即使科学上最抽象的那些部分,例如广义相对论,也因为有关观察到的事实而为人所承认。所以哲学家就不能不研究观察到的事实和科学的抽象二者之间的关系。这是一件繁重的工作。其所以困难,其中的一个原因是,我们的起点是常识,而常识是已经沾染上了理论,虽然这种理论是粗糙简陋的。我们意味我们所观察到的是不止我们实际上所观察到的,其所增益的那一部分是常识的形而上学和科学所增添的。……”^①

因此在审判中,法官依靠经验或常识进行推理是应当慎重的。

对推定给予反驳的方式有两种:直接反证和间接反证。例如,对某主要事实A负举证责任的原告,证明能推定A存在的a、b、c三个间接事实,而且根据这些间接事实推定主要事实A被得到证明时,被告却直接争执原告所证明的主题a、b、c的存在,并提出其不存在的证据,以阻碍推定A的存在,这叫做直接反证。但是,被告为了阻碍A被原告证明,也可以用其他的间接事实d、e来认定A不存在。从这种方法来看,不负举证责任的被告的证明活动是反证(把主要事实A带到真伪不明的状态就行),但它不是直接争执原告所证明的主

^① 罗素著:《我的哲学的发展》,第188页。

题,所以叫做间接反证。直接反证与间接反证的区别在于:在前一种情况下,被告的证明活动是把a、b、c带进真伪不明的状态就可达到其证明目的;但在后一种情况下,法官以确信d、e的存在为基础,适用经验法则来推理A不存在的可能性,其结果使A成为真伪不明的状态,从而达到被告证明活动的目的。是不是直接反证只适用于事实上的推定。间接反证只适用于法律上的推定?不是。无论法律上的推定或事实上的推定,都可采用直接的或间接的反证。不过,在法律上的推定情况与在裁判上的推定情况不同,不能只满足于达到可疑程度,动摇心证的反证,而是要达到推定事实不存在程度的证明。可见,日本法对推定(包括法律推定和事实推定)的目标有所要求,并把这种要求的程度差别作为区分法律推定和事实推定的标准。而英美法无此要求,其法律推定与事实推定的区分标准在于强求法官适用前者,后者之适用与否取决与法官的意志。

日本学者把显而易见的推定作为一种独立的推定类型,^①其实,它是事实上的推定的一种特别情形,我国有的学者称之为过错推定。这种推定是指以高度盖然性的经验法则为基础,从侵权行为等客观事实的过程中(如医生剖腹手术把手术刀留在病人腹腔内,或因堆积的木材突然倒塌而使行人受伤等),直接推定具有符合法律所规定的如过失或因果关系等过程要件,无须主张具体事实和证明的理论。虽然没有具体事实的主张和证明,却从外观上认定过失或因果关系已被证明,所以也叫表见证明。在通常情况下,要想认定过失和因果关系的存在,必须主张和证明相应的具体事实。但是,在假如没有那种过失或那种因果关系就不可能发生那样结果

^① 兼子一、竹下守夫著:《民事诉讼法》,第114页。

的确实性很高的经验法则成立的情况下，则可以直接推定过失和因果关系，使主张其存在的当事人无须主张和证明相应的具体事实。相反，对方当事人必须主张和证明具体事实，并推断过失和因果关系不存在。日本判例对该理论予以肯定。

四、事实上的推定

事实上的推定是一个存在争议的问题。

首先，这种推定本身存在许多尚未解决的问题，除前面提到的英国学理和判例所遇到的难题外，大陆法国家也有些问题尚未解决，如适用这种推定的理论的结果，是否引起举证责任的转换，对方当事人的证明活动是否限于间接反证等问题，众说纷纭，意见不一。^①

其次，关于事实上推定的性质，有的学者认为，它在本质上属于推论的范畴，是司法机关办理案件时，从已知的事实出发，按照一定的逻辑推理法则，对应予确认的未知事实所作的推断。这与法律上的推定是有区别的。在事实推定的情形，司法机关根据已知的事实作何种推断，由于法律上无明文规定，需由办案的司法人员根据一般知识和实践经验来决定。对于法律上的推定，司法机关则应适用法律的规定，按照已经查明的基础事实，认定法律上所推定的事实。为了防止用语混淆，司法机关经过推理来认定事实，应当直接使用“推理”或“推论”一词，以便与本为假定的推定区别开来。^②但有的学者不同意上述观点，认为事实推定是客观存在的，而且实际涉及较多；肯定事实上的推定，实际上就等于肯定司法人员在诉讼中的主观能动性，使司法变成一种

① 兼子一、竹下守夫著：《民事诉讼法》，第113页。

② 陈一云主编：《证据学》，第164页。

能动的活动过程而不是简单地机械地适用法律。^①

第三,在实务方面,司法界适用事实推定往往产生一些流弊,引起了一些学者的批评。例如,我国台湾民事诉讼法第282条规定:“法院得依已明了的事实,推定应证事实之真伪。”这是事实推定的法律依据。^②已明确的事实称为基础事实,包括以证据证明的事实、无争执的事实。法院认知的事实、以及由推论得出的事实。就是说,已经明确的事实不限于间接证据。如法院依推论足以认定事实的真伪,或者当事人请求依推论进行认定,而且能够认定时,当事人可免除直接举证。在司法实践中,不论民事案件或者刑事案件,都经常依以上规定认定事实。然而,由于缺乏具体的指导原则,“在实务方面从事推论而违背经验法则,及论理法则,所在多有,民刑皆然。借口自由心证、多凭情况证据或所谓间接证据,为偏而不全之推论,甚至仅凭主观之推测。由此建立一种结论,无异创造一种结论,危险殊甚,无可讳言。”^③这种所谓“推定”实际上是人为的推定。如果缺乏严密的防范措施,就将导致如孟德斯鸠所斥责的“当法官推定的时候,判决就武断”的恐怖状态。^④

前已指出,事实上的推定在本质上属于推论,为避免用语混淆及观念紊乱,可以“推论”一词替代之。应当指出的是,事实上的推定是以人类的经验为基础的,故不得违反经验法则。然而,人类的经验法则范围极为广泛,而且这种经验法则会随着时代的变迁而发生增减,旧的经验法则会失其意义,新的经验法则会发挥效用。因此,事实上的推定不宜由法律作出规定,其范围应由

① 刘金友主编:《证据理论与实务》,法律出版社1992年版,第175页。

② 李学灯著:《证据法比较研究》,第298页。

③ 同注②,第301页。

④ 孟德斯鸠著:《论法的精神》(下册),第182页。

判例加以发展。^①

五、推定的效力

事实上的推定,其效力在于减轻或免除主张者的举证责任,直至对方提不出相反的证据事实为止。如对方当事人提出可受容许的反证,则推定停止生效,而由审理事实者根据双方的证据作出判断。罗素先生曾经指出:

“有很多我们深信不疑的知识是靠证据,而证据又靠相信除我们自己的心灵而外还有别人的心灵存在。在常识看来,别的心灵的存在好象是不容怀疑的,关于这一点我自己看不出有任何理由与常识抵触。但是,毫无疑问,我之不得不相信别人的心灵存在是由于我自己的经验;而且,毫无疑问,从纯粹逻辑来说,即使别的心灵不存在,我们仍然可以有我的这些经验相信有别的心灵一部分理由是由于类推,可是另一部分理由另有其来源,这个来源的应用要更广一些。……承认别的心灵存在的这些根据在逻辑意义上是不能证明的。在梦里你可以有一些经验,这些经验你还在睡着的时候是一样地使你深信不疑,可是你醒过来的时候,你就认为是不真了。这些事实证明有某种程度的可疑性,但是通常这种程度通常是很小的。绝大多数的情形,由于这些事实,你承认证据是正当的,如果没有相反的证据。”^②

我认为,上述论断可以作为“事实上的推定”的哲学根

^① 李学灯著:《证据法比较研究》,第298页。

^② 罗素著:《我的哲学的发展》,第178—179页。

据。

应当指出,在进行事实上的推定时,必须确立推定所依据的基础事实,这是推定生效的前提条件。如果没有这一基础事实,则根本谈不上推理。因此,法官在从事推定时,必须首先查明并确信基础事实的存在,然后才可以无需证据,从事推定事实的认定。

有的学者为了说明推定的效力,引用拉丁语,认为它是在建立“表面可信或初步可信的证据”,除非另有表面可信的证据予以推翻,即无需举证。意思是说,推定相当于所谓表面可信的初步证据。但有的学者不同意这种看法。如威格莫认为,表面可信的证据,是指证据可信的程度,在陪审制下,提出主张的一方当事人建立此种初步证据,方可用以通过法官而提交给陪审团,因而不宜使用此术语来说明推定的效力。此外,证据法的早期学者,如英国的斯蒂芬,使用推定一词,专门针对法律上的推定可以反驳者而言的。但为表示其效力,用“推论”,认推定作为一种法则,法院依此法则应该从特定的事实,或特定的证据,引申特定的推论,除非或直至此种推论另经相反的证明。李学灯先生认为,为了避免与事实上的推定的解释相混淆,在解释法律上的推定的效力时,不应称之为推论,可直接用推定或假定一词,给予说明。^①

与事实上的推定不同,法律上的推定的效力是:在没有相反的证据之前,法院可以依法推定,或假定其推定事实存在。不过,在遇到可容许的反证提出时,法院对于原来的推定,应持何种态度,即推定应于何时或在何种条件下才停止生效,就成为研究推定效力的重要问题。在单独由法官审理事实的情况下,由于无需对外有所表示,法官的观念可能十分模糊。但在英美法国家的陪审制下,因法官必须对陪审员有所指示,故不能含糊了事。在一

^① 李学灯著:《证据法比较研究》,第255页。

般证据法方面，学者及法院对此存在不同的观点。美国模范证据法典的说明中有五种观点：分述如下：

1. 推定的效力仅在于，以基础事实的确立，对于主张推定事实不存在的当事人，承担不举证的危险。这项法则的作用是，能够使陪审团认为推定事实不存在的证据提出以前，必须假定原推定事实的存在。在此种证据提出后，则对于原推定事实，决定其存在或不存在时，在观念上与不知有此推定一样。

2. 在推定事实不存在的实质性证据提出以前，必须假定原推定事实存在。在实质性证据提出之后，对于原推定事实的存在或不存在，由审理事实者作出决定，正如推定未曾发生作用一样。所谓实质性证据，是指足以使人对事实作出确实认定的证据。在一些判例上，有的通过无利害关系的证人提出“证人证言”这种证据，用以替代所谓实质性证据。

3. 在能使审理事实者认为推定事实不存在的证据提出以前，必须假定原推定事实存在。关于所提出的推定事实存在或不存在的证据，须足以使审理事实者确信其不存在。

4. 在审理事实者认定事实不存在，较其存在更为可能以前，必须假定原推定事实存在。换言之，对于主张推定事实不存在的当事人，推定课以举证责任两种负担，既有举证的负担，又有关于推定事实不存在的证明负担。

5. 推定的作用，犹如推定事实的证据，无论有无推定事实不存在的证据，均有效力。^①

以上第一种主张，即所谓案件中如有证据存在，而审理事实者可自该证据合理的认定推定事实为不存在时，推定失其效力。因此推定仅于未能提供证据以充分辩明，使为推定事实不存在的认定时，方有其效力。这种观点，为美国学者，如撒耶、威格莫及

^① 李学灯著：《证据法比较研究》，第257页。

美国法学会所拟定的《模范证据法典》所公认，同时被法院判例所采纳。《模范证据法典》第704条对于推定的效力的规定，是基于此种主张，并在说明中举例，告诉法官在适用本条时，如何按照不同的情况，对陪审团作出适当的指示。不过这种首先由撒耶提出的主张，虽为威格莫所接受，但威格莫在其《证据学》第3版中，却认为推定的效力是，当有反证提出并提交陪审团时，法官应告知其可予推定。因而推定虽失去拘束力，但仍有立证价值。在戴叶尔提出自己的主张之前，有人认为，法官在指示陪审团时，应告知其维持推定的效力，直至遇到同等分量的反证为止。有人认为除非反证无可置疑，应当维持推定的效力。自从撒耶揭示了举证责任的两种负担的意义，而主张推定的效力在于只转换举证责任以来，有的学者又提出不同看法，认为某种推定，实际上只具有可能性，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。这样指示陪审团，亦使其易于了解。美国统一证据法采纳了这种意见，在第14条规定，推定的效力分为两种情形：一是，如基础事实对于推定事实的存在有证据价值时，推定继续存在，而由因推定受不利的一方，证明推定事实不存在。二是，如基础事实对于推定事实的存在并无证据价值，则当认为推定事实不存在的证据提出时，推定即失去效力，该事实应依证据来决定。^①

李学灯先生将推定的效力作如下概括：

1. 关于法律上的推定，如有事实X存在，依据法律，无需证据，可以推定事实Y存在。主张事实Y存在的人，在无反证时，无需举证。对方当事人主张事实Y不存在的，负有举证责任（包括提供证据的责任和证明责任两部分内容），如有反证足以推翻推定时，则事实Y存在与否，应依证据认定。

^① 李学灯著：《证据法比较研究》，第258页。

2. 事实上的推定属于逻辑上演绎的推论, 在无相反推论或相反事实提出以前, 有认定事实真伪的效力。如有相反推论, 则该推定即成疑问。如推论不违反经验法则和论理法则, 且不得为相反的推论时, 则推论仍可成立, 且构成基础事实的效力, 再由此基础事实而进行推论。

3. 普通经验的推定(如英美法上精神正常的推定)。在台湾法上虽无法律上推定的地位, 但在无相反主张或无相反的初步的表面证据之前, 一般可根据经验进行正常的推定。在这种情况下, 发生举证责任的转换问题。

4. 决定性的推定, 具有绝对相等, 不可动摇, 无可争辩, 不许以反证推翻的效力。依这种推定方式, 遇有事实 x 存在, 法律上视为有事实 y 存在, 事实 x 与事实 y 发生相等或相同的效果。这与举证责任的问题无关。一般来说, 决定性的推定, 是一种实体法规则, 不是证据法规则。^①

陈一云教授认为, 推定的规定, 仅免除了于其有利的一方当事人对推定事实的举证责任, 而没有免除他对基础事实的举证责任。因为法律上推定的事实是根据基础事实作出的推断, 不需要作为证明对象予以证明。不过, 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。对于没有履行举证责任的当事人, 法院可以责令其提供证据, 如果其不提供证据, 法院就不能确认基础事实, 进而无法确认推定事实。^②

从上面可以看到, 推定具有何种效力, 实际上取决于了论者的分类立场。采法律上的推定论者, 如陈一云先生, 认为推定的效力, 在于免除受利益方对推定事实的举证责任。这无疑正确

① 李学灯著:《证据法比较研究》, 第 259 页。

② 陈一云主编:《证据学》, 第 166 页。

的。但李学灯先生的观点也有参考价值。

六、推定的历史回顾及发展趋势

(一) 罗马法

据史料记载,作为一项成文的规则,推定最早始于罗马法。据粗略考证,罗马法上的推定大致包含如下几种:

1. 死亡的推定。在罗马法上,在互有继承关系的两人或数人同时遇难死亡时,就有一个判断谁先死、谁后死的问题,这对于确定遗产如何继承,事关重大。对此,罗马法解决同时遇难问题的办法,最初是推定遇难者同时死亡,由各个遇难者的继承人分别进行继承,遇难者之间不发生继承关系。以后考虑到维持直系血亲间的继承关系,规定两个或数个直系血亲同时遇难时,根据身体抵抗力的强弱,推定弱的先死,强的后死,并具体规定尊亲属和卑亲属同时遇难,在没有可靠证明的情况下,如卑亲属为未适婚人,则推定卑亲属先死,如卑亲属为适婚人,则推定尊亲属先死亡。关于夫妻同时遇难,则推定妻子抵抗力弱,即使妻子比丈夫年轻,亦推定妻子先于丈夫死亡。^①

2. 婚生子女的推定。罗马法确定妻子在婚姻存续关系中受孕的子女,适用“母亲的丈夫就是子女的父亲”的原则,除有反证外,即为婚生子女。^②

3. 要式买卖的推定。罗马共和国末年,当事人为了便于提供证据,常把要式买卖的内容用书面记载之。帝政之后,相沿成习,

^① 参见周楠著:《罗马法原理》,商务印书馆1994年版,第119页。

^② 同注^①,第186页。

以致有此项书面即推定其已履行了要式买卖的仪式。^①

4. 善意的推定。在罗马法上,善意与合法原因在举证责任上是不同的,原因是否合法,应由占有人举证;善意、恶意则由对方证明,因法律推定一切占有人都是善意的。^②关于如何认定占有人是否为善意,罗马法是以“证讼期”为标准。诉讼中经过法律审理阶段和“证讼”,占有人明知其占有已发生争执,即不可能再为善意。^③

5. 占有为所有的推定。在罗马法上,有“占有人推定为所有人的规定”。占有是所有权的基础,如先占、交付、时效取得等都以占有为前提。在“物件返还诉”中,占有人处于被告的地位,故须由主张所有权的原告负举证责任,如果原告不能证明其权利,则作为占有人的被告即可胜诉,继续保持对标的物的占有。^④并推定其为所有人或其他合法的权利人。据此,耶林认为,在解决占有的纠纷中,不涉及所有权问题,这就避免了举证的困难,故“占有实为所有的堡垒”。^⑤

6. 占有意思的推定。在罗马法上,占有因体素和心素的结合而取得,即须有管理物件的事实,并有占有的意思。心素的获得可以明示或默示的各种方式来表示。如对于占有人有否占有的意思发生疑问时,则以体素的获得为标准,因体素的获得,即可推定占有人具有占有的意思。盖一人握有物件,一般是基于占有的意思。但此项推定,不适用于为他人占有的情况。例如借用人、承租人和受寄人等,在借用、出租或寄托期间内,即使中途发生为自己占有的意思,亦不得因此而取得占有。

① 参见周枬著:《罗马法原理》,商务印书馆1994年版,第186页。

② 同注①,第317页。

③ 同注①,第327页。

④ 同注①,第348页。

⑤ 同注①,第411页。

在罗马民事诉讼中，法律有时使用“推定”(praesumptio)的方法，以免除当事人的举证责任。不过，推定的引用，并不普遍，只作例外罢了。承审员对当事人提出的证据，根据“自由心证”的原则，凭自己的良心，有自由认定、随意取舍之权。然而，应当指出的是，罗马民事诉讼中的推定往往具有极大的任意性。孟德斯鸠写道：“罗马皇帝查士丁尼的推定具有极大的任意性。在有了消极的证据就已经够了的场合，他却要人提出积极的证据；在人们可以很自然地推定丈夫死亡的场合，他却要推定妻子犯罪，即遗弃丈夫的罪。”^①

(二) 印度证据法

罗马法之后的相当时期内，推定规则没有得到应有的发展。直至19世纪上半叶，英国人斯蒂芬起草了《印度证据法》之后，这种局面方有所改变。该法在书证一章就各种文书的推定，在举证责任一章就各种推定的观念，分别作了规定。如无辜推定、死亡推定、所有权推定、婚生推定等。但是，这些规定中均未使用“推定”一词，而是用“应由何人举证”来表述的。这是该法的重要特色，与斯蒂芬在《证据学纲要》中所沿用的习语迥然不同。在斯氏看来，法律应当因时制宜，因地制宜，尽量与法律适用地人民的观念相适应。该法还规定，法院应当注意自然事件的一般过程、人类的行为、公私业务等与案件特定事项的关系，认为可能已发生其他事实的，可推定其存在。该条下面，就各种推定的正反情形，分别举例说明。这些规定对其他一些国家的立法产生了很大影响。如斯里兰卡、马来西亚、新加坡等国家的证据法，其规定均与前相似。

^① 孟德斯鸠著：《论法的精神》下册，第182页。

(三) 英国证据法

1876年斯蒂芬所起草的《证据法纲要》，第14章为推定与禁止反言，其中规定了婚生的推定（第98条），死亡的推定（第99条），遗失让渡书的推定（第100条），循规的推定及书据完成权利的推定（第101条），以及禁止反言（第102条至105条）。^①其后，证据法历经多次修改和完善，并作为其他英联邦国家及其他一些国家的范本。根据1968年英国证据法，关于推定的规定已经比较完备。举要如下：

1. 无罪推定。这种推定存在于证实任何犯罪的过程中。不仅在刑事诉讼中，而且在民事诉讼中，只要断言某一犯罪行为已经实施，就要适用无罪推定。无罪推定的牢固性很强，为了驳倒它，必须将被告人的罪行证明到“排除一切合理怀疑的程度。”罪行越严重，合理怀疑的程度就越大。为此，必须清楚地证明：第一，犯罪已经发生。这种证明需要非常凄楚，情况证据一般不能满足这种需要。第二，在证明犯罪事实确已发生之后，控诉方还必须清楚地证明该罪行就是由被告人实施的。

2. 推定的冲突。如无罪推定与生存推定相冲突。无罪推定是一种很牢固的推定，就是说，对被告人的罪行作出准确无疑的证明责任总是由控诉一方承担。因此，虽然在民事诉讼中存在着关于某人仍然生存的事实推定（而不是法律上的推定），但是，这种推定并不能压倒重婚罪中的无罪推定，被告不需要提出合法的证据来证明自己无罪，因为在此种情况下，对于被告人的第一个配偶是否仍然生存的问题，是不应加以推定的，它完全是一个需要由陪审团根据全案情况来加以确定的问题。

^① 李学灯著：《证据法比较研究》，第283页；另参见塞西尔·特纳著：《肯尼刑法原理》第26章第2节。

3. 婚姻案件中失踪的推定。如果被告能够依法提出证据,证明被告的原配偶(1)在决定缔结第二次婚姻前的连续7年内失踪(即使由于被告的故意遗弃),和(2)同时被告从未听过失踪人的消息,则这些证据将是最有力的辩护理由。被告在提出辩护时,不必要求其同时提出上述两项证明。因为,如果其妻子连续7年失踪被证实,便足以作出他在整个7年期间内始终没听到其妻子的消息的初步推定。当然,起诉方可以反驳这个推定,提出证明被告人在7年内曾知道其妻子仍活着的事实。^①

4. 原配偶仍然活着的推定。起诉方要证实被告缔结第二次婚姻时其原配偶的丈夫或妻子仍然活着,不必提供某人说曾看见被告的原配偶在进行第二次结婚时仍活着的直接证据,而可以提出如下情况,即被告的第一个妻子仍然活着并在被告进行第二次结婚的前几天仍生活的很好,对这个情况只要能得出或然性的推定。就被认为是证据充足。但是,仅仅有在第二次结婚之前的“7年内”仍活着的事实,通常被认为完全不足以据此而推定她在举行仪式时仍活着。因为确认她在7年内的某些时候仍活着的效力,只能使其死亡推定无效,但不能推翻其死亡推定和将举证责任转移到被告。这样就免除了陪审团进行任何技术性推定的责任,使之得以能根据案件的客观情况进行自由判断,这些情况是:妇女的年龄和健康状况,其居住地的气候,从听到她的消息以后又经过了多长时间,以及其他有关情况,由此陪审团必须作出关于她是否可以活到其丈夫再次结婚的推定。任何关于生命的持续性的推定,都是事实推定,而不是法律推定。如果法律未规定其他原则,则某人是否被推定为死亡也是事实推定。下列情况除外:在进行适当查询后仍未发现该人的踪迹时,如果7年内那些在他如果活着时本应听到其消息的人却没有听到这一消息,那么就可据此

^① 参见《肯尼刑法原理》,第241页。

作出该人在7年内已死亡的法律推定。^①

(四) 美国证据法

威格莫曾尝试将证据法则编为法典。法典包含了有关推定的一般规定,推定的效力,各种推定的内容,此外还就民事和刑事案件中的推定分别进行列举。认为在无陪审制下,法院为免除当事人的举证负担,可借助于推定手段,因为这种推定法则是以人类的经验,及行为与事件的通常过程为基础的。^②

美国《模范证据法典》分别对推定的定义、基础事实的确立、推定的效力作了规定(第701条至704条)。其后的《统一证据法》分别规定了推定的定义、效力、不一致的推定。对于若干强有力的推定,须有无合理的怀疑或明白而足使人信服的证据,为反对的证明,始可推翻。这两个法典的区别在于:前者就推定的效力,及推定不一致时,采取威格莫的意见;后者则根据不同情况加以规定。特别要注意的是,两个法典都只对原则性问题作了简要规定,除前者仅就婚生的推定做了专门规定外,其他各种推定均没有在法典中进行规定。1974年制定的统一证据法则,与联邦证据法较为接近,但关于推定的法则却差异较大。^③

关于推定,美国除沿用普通法,及各州法分别加以规定外,1975年公布施行的《联邦证据法》,在第3章第301条作了详细规定。第301条规定,在一切民事诉讼和民事诉讼程序中,除本法及其他经国会所制定的法律另有规定外,推定是指课一方当事人

^① 参见《肯尼刑法原理》,第239-240页。

^② 同注^①,第284页。

^③ 根据美国一些州法的规定,在一方当事人提出材料证明假设不正确之后,对方当事人应设法提出材料证明从前假设的事实存在。而法院则应该就整个材料作出评价,不考虑推定如何。在这里,体现了所谓“气泡爆裂学说”(bursting bubble theory);如果存在反对假设事实的证据,则推定不成立。

因推定而受不利的当事人以举出反证的负担,而非转换证明负担,亦即不说服之危险于该当事人。该项证明负担于审判中始终属于原应受其分配的当事人。^①这是就推定为一般重大原则性的规定,也就历来理论上的不同主张为重要的抉择。我们现在习惯于用举证责任一词,分别其有举证及证明两种负担,参照前述推定的效力,即可明白其重要涵义。在经联邦最高法院提出的草案中,关于该条的规定是,一切案件,关于推定的效力,是使对方当事人承担证明之责,即须证明推定的事实不存在的可能性大于其存在。草案的要旨在于加重推定的效力。对于学说上主张一经对方当事人提出任何反证,即可使推定消失,所谓“气泡爆裂”的学说,^②认为失之轻率。因使对方当事人承担证明的责任。必须证明推定的事实不存在之可能大于其存在,而后推定始失其效力。该草案在提交众议院讨论时,则嫌失之过重而采取折中意见,修改为在民事诉讼程序中,推定系使对方当事人承担举证责任,遇有反证提出时,推定仍为推定事实的充分证据,应由审理事实的人进行斟酌判断。后来该草案提交参议院司法委员会及委员会联席会议讨论时,认为推定本非证据,加州法律早有作为证据考虑的规定,而久受严厉而苛刻的批评,并废止。因而改变了方案,仅就举证责任的转换加以规定。在第302条中,规定在民事诉讼程序中,事实为请求或答辩的要素,而依州法为裁判的准则时,关于该事实遇有推定,其效力依法决定之。联邦证据法原拟规定刑事案件中的推定,但在众议院司法委员会讨论时,因联邦刑法修正案已经有所规划,且该委员会正在审议,因而没有纳入本法。关于文书

^① 关于此项规定,可另参见沈达明编著,《英美证据法》,第127页;以及下建林译:《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》,中国政法大学出版社1996年版,第104页。

^② 李学灯著,《证据法比较研究》,第284页。

或其他事物的真实,容许其作为证据的先决问题。威裕莫认为,从事物发展的逻辑来看,必须事先分辨事实的真伪,然后才能决定是否加以采纳。《联邦证据法》除于总则第104条第2项规定该项条件事实,对于容许其为证据有所关联外,又在第9章第901、902条就真正的证明或辨认作了详细规定。两条共列20款之多。除最后一款规定其他依国会所制定法律推定其为真实外,其他各款均系关于各种真实所需证明或辨认的例示。

(五) 以色列证据法

与英美证据法相比,《以色列证据法》于1985年制定,可以说是当今最新的证据法典。以色列起草证据法案时曾采取列举的方式就各种推定作了规定。其基本内容多仿照斯蒂芬的《证据法纲要》。然而,经过长时间的研讨,亦作了许多增删或修正。比如说,关于法律上的各种推定规定了10种,包括精神健全的推定、婚生的推定、无辜的推定、行为能力的推定、同时死亡的推定、公务上尽职的推定、合法持有文书的推定、信函于合理期间到达的推定、公务上行为已依有效程序的推定、公司或其董事会议、会议纪录、董事及清算人的选任等项为有效的推定。这些及其他法律上的推定,除有相反证明或推论外,有证明效力。又如事实上的推定,如果某一事实,系正常的必要的推理所得,或属于已经证明的情况的正常必要的结果,则推定有此事实。古希伯来法原有此类推定观念的存在,只是由于法官素质很差,限制了裁判的基础,要求用明显的证据。^①

以色列证据法的特色,不仅在于其内容可供参考,更重要的是其立法精神,就一般理论与其国情及实际的需要,进行了独立的考虑。该法案有检讨旧法而予以修正的,有的是旧法中没有而

^① 陈一云主编:《证据学》,第165页。

增设的，不局限于英美国法系或大陆法系。这是值得我们注意的。

从上面可以看到，推定由最初作为例外运用的规则，发展到现在的比较完善的状态，并大量用于司法实践，经过了相当长的历史时期。我们从中可以窥见其发展的两大趋势。一是，推定规则日渐个案化和系统化，而不满足于一项抽象的原则。在英美法国家，许多已经成长起来的、成熟的、具备推定条件的经验规则或推论，均被提升到推定的位置。二是，推定规则在民事诉讼中的运用更为广泛，从而对于解决日益增长的、种类繁多的民事冲突起了巨大作用。而对于刑事诉讼，则慎用推定。

七、无罪推定

不法行为，不予推定；可恶之事（如诈欺），不予推定，这是普通法一贯认可的无罪推定原则。该规则多用于刑事案件。因为负刑事责任，需要严格的证明，不然，如果任意定罪，或预定有罪，将使公民的权利失去保障，使家庭及社会遭受不幸。实际上，其基本原则亦可用于民事案件，就是说，除非有确实的反证，任何人将被视为无辜。在未以证据证明之前，不能使人负民事法律责任。按照无罪推定的思想，在民事案件需有证据上的比较优势，而在刑事案件需无合理的怀疑。

1. 刑事诉讼中的无罪推定。无罪推定的牢固性很强，为了驳倒它，必须将被告人的罪行证明到“排除一切合理怀疑”的程度。提出对被告人有利的某种合理的怀疑，只能是有理由的怀疑，而不是随便怀疑，因为任何与人为的事务有关并且依赖于人为的证据的东西都容易存在可能的或想象中的怀疑。所谓“合理的怀疑”，指的是陪审员在对控告的事实缺乏道德上的确信、对有罪判决的可靠性没有把握时所存在的心理状态。一位伟大的爱尔兰法官说：“据以作出无罪判决的‘合理的怀疑’不能太微弱或太不确

定,这种怀疑必须是一个正直的人在冷静地分析全部证据之后所出现的有理性的怀疑,必须是不受诉讼双方影响、不存先入之见、不受恐惧干扰的一种良心上的怀疑”。^①

2. 民事诉讼中的无罪推定。在民事诉讼中,如有系争事实涉及犯罪事实,是否亦证明至无合理怀疑的程度?对此,学者间的意见很不一致。斯蒂芬认为在民事刑事的程序上均应相同,琼斯则不同意这一观点。在美国,大多数学者认为,在民事案件中,认定涉及犯罪事实时,只需具有证据方面的优势,个别人主张需有较高度的证明。^②

关于无罪推定的性质,主要存在三种观点:(1)早期的学说及若干法院指示陪审团的意见中,把它视为一种证据。如果要判被告有罪,控诉方必须提出坚强有力的证据,以资证明。此说遭到许多人的反对,但仍有少数法院坚持这种意见。(2)一些法院将它视为法律上的推定,可以反证推翻,对于刑事被告人的一切犯罪事实,必须有充分的证据,使审理事实的人无合理怀疑,方可推翻此推定。(3)有人认为它不是一种推定法则。有人甚至称它为假设的推定、特别的推定或假推定等,理由是它不仅不是法律上的推定,甚至与所谓事实上的推定,也不相关。

有的学者指出,无罪推定用于审理案件,只是以另一种方式表示举证责任的法则。使审理事实的人发生良心确信的資料,除证据外,别无其他,不得因被告的现状而进行任何猜测,这在刑事案件中尤其重要。

威格莫认为,无罪推定,既非推定,亦非推论,又非证据,仅为程序法上的一种基本原则,现却已成为有关举证责任的一种法则,因而具有错位的意味。在司法实践中,对无罪推定的运用存

① 参见《肯尼刑法原理》,第549页。

② 李学灯著:《证据法比较研究》,第263页。

在很多分歧。有的不主张硬性规定。有的则强行规定。如美国路易斯安那州法律规定,法官必须指示陪审团,任何人被控诉犯罪,应依法推定其为无罪,直至认定其有罪至无合理的怀疑。美国统一军法典规定在评议事实投票之前,普通军事法庭的法官或特别军事法庭的审判长,应在被告及其他辩护人在场时,以犯罪构成的要素告知法庭,并加以解释和指示,应推定被告为无罪,直至有合法的适格的证据证明其犯罪至无合理的怀疑。

有的学者依据美国法院的判例,认为无罪推定观念的存在,并非必须延长到审判终结,只须等到其犯罪业已证明,或其犯罪已有合法的适格的证据为明白的确立,或已达到良心的确信,或已证明至无合理的怀疑,即使被告就其被指控犯罪,未为任何反对的陈述亦同。

英国最初从大陆法方面接受重视无罪的思想,原作为一种普通原则,即除有相反的事实,应当把一般人的行为看作合法的行为。这种假定,在可能性方面,有其公平的基础;在社会政策方面,有其保护现状的理由,但是,自从该原则用于刑事审判中,作为指示陪审团及辩论的依据后,辩护方往往故弄玄虚,造成观念上的混乱。例如,刑事审判中的被告,根据可能性推定其无罪,则事实上正好相反,即被告有罪的可能性会更大。证据法上的推定,是存在于两种事实之间的关系,有基础事实存在,方可假定其他事实存在。所谓无罪推定,并非先有基础事实存在,也不基于任何证据,只是由于无证据时一种观念表示而已。^①因此,这种推定并非无疵。

^① 李学灯著:《证据法比较研究》,第262页。

八、推定在民事侵权诉讼与 刑事诉讼上的区别

在现代刑事诉讼中许多国家明文规定了“无罪推定”原则。虽然事实上还存在许多“有罪推定”的实情，但作为一项诉讼原则的“有罪推定”因其违反了现代文明的要求而已在刑事诉讼法上基本绝迹。与此相反，在现代民事侵权诉讼中不但有无过错推定原则，同时还存在“过错推定”，并有学者主张“过错推定”应当成为民法的一项规则原则；^① 在法律规定的少数特殊情况下还根据民法中的“无过错责任原则”，完全免除原告的举证责任，这种情况如果站在推定的角度来看，其实是推定原则的极端化，可称之为绝对推定责任原则。^② “无过错推定”原则与“绝对推定责任推定”原则有着根本的区别，前者是指在行为人的过错证据不足时，推定其无过错而不使其承担责任；后者是指不论行为人有无过错，只要存在损害的事实，就要求其承担责任，因此又可称为绝对推定责任原则。

在赔偿问题上，绝对推定责任原则与过错推定原则相比，就激进的程度而言，前者更为激进。但绝对推定责任原则不能成为普遍原则，不能被滥用，这是因为同刑事诉讼相比，就对加害嫌疑人的责任而言，过错推定原则就已经大大严厉于无罪推定原则

^① 参见王利明主编，《民法·侵权行为法》，中国人民大学出版社1993年，第104页。

^② 关于过错推定原则和无过错责任原则，通常作为民事侵权法上的课题得到阐述，但是我认为，在民事侵权诉讼中，当事人双方以及受案法官在确定双方的责任时，无疑也要考虑这两个原则，尽管有时不是同时考虑。从这个意义上，尤其是从民事实体法上的条文只有通过运用才能体现其真正的价值这个角度而言，这两个原则应当是民事侵权诉讼中的原则。

了。如果不论事件的性质,均以绝对推定责任原则来衡量,则人们在社会经济生活中只能处处谨小慎微,进取的活力将大受限制,这不利于社会的进步和发展。

在民事侵权诉讼中,既然存在过错推定原则,也当然应该允许有无辜推定原则,这本来是一个问题的两个方面,但事实上无辜推定原则这种提法仅仅为个别学者所主张,人们仍倾向于过错推定。

在推定法则上,民事侵权诉讼与刑事诉讼之所以存在上述区别,主要是由两种诉讼所肩负的使命或目的决定的。民事诉讼的目的是保护公民、法人和其他组织的合法权益,使无辜的人或组织不受他人侵害。这种目的决定了在侵权诉讼中举证责任在加害人,当他无法证实自己没有过错的情况下,推定其有过错,使其向受害人负担损害赔偿 responsibility。而在刑事诉讼中,保护公民的生命财产,使无辜的人不受刑事追究,是其崇高的使命,因此人们主张采用“无罪推定”原则,在没有确凿证据证明犯罪嫌疑人有罪的情况下(这里举证责任不在犯罪嫌疑人一方,而在公诉人一方),将其无罪释放。由此可见,诉讼目的根本差异决定了举证责任的不同,决定了保护侧重点的不同,并最终决定了推定的方向或目的的根本区别。反过来也可以说,推定的目的取决于诉讼本身的目的。在这里,推定的性质是由诉讼的目的决定的。强调这一点具有十分重要的价值。它使审判人员认识到,在确定推定原则时必须注意到两种诉讼的质的区别,推定应当具有明确的前提条件,以求达到应有的目的。

正是由于这个原因,就使审判活动中的推定与我们通常所说的逻辑推理发生了本质的变化。在逻辑学中,推理是一种科学的手段或工具,是一种中立的、中性的事物。但是,如果将这种科学手段用之于审判活动之后,由于审判活动(民事诉讼或刑事诉讼活动)所具有的特性性质和目标,这种手段就被赋予了特定的

新的性质。也就是说，此时的推定，其性质已经从属于诉讼本身的性质，虽然它还没有完全脱离纯粹逻辑科学赋予它的性质。它实际上具有双重性质。从这个意义上来说，诉讼中的推定就是指，利用逻辑科学中的推理手段为诉讼目的服务的一种工具。根据这个概念，我们还可以比较容易地为民事侵权诉讼中的推定和刑事诉讼中的推定下一个更具体的定义。

诉讼目的决定论还有助于澄清一个有争议的观点，即有人所主张的“民事诉讼是以解决纠纷为目的的”一种活动。根据这个观点，民事诉讼中的“过错推定”原则就会失去其存在的价值。因为推定本质上是一种手段，它如何被利用，则取决于诉讼的目的。既然民事诉讼是为了解决纠纷，就可以采用多种手段，不一定需要推定，尤其是过错推定。过错推定的使命在于把损害赔偿 responsibility 施加到嫌疑加害人（之所以采用这个术语，是因为确定谁是真正的加害人并没有直接的可靠的证据，即不是依靠证据来予以证明，而是采用推定的方式）的身上，如果采用这种强加的方式，有时虽然在形式上体现了公平原则，但是有可能非但达不到平息纠纷的目的，反而会激化矛盾，扩大纠纷的范围和程度。显然，这种后果与过错推定的目的或使命是相冲突的。

九、过错推定与无过错推定

通过审慎的思考，我认为，在民事诉讼中过错推定只能作为一项例外规定或特殊规定，而且是作为诉讼程序法上的规定，不能作为民事侵权行为法上的原则，其适用的前提，是且只能是“加害嫌疑人负担举证责任的情形”，或者法律所规定的“举证责任倒置的情形”。就是说，只有在加害嫌疑人负担举证责任的情形或者举证责任倒置的情况（这些情况须有法律规定）下，如果加害嫌疑人举不出足够的证据证明其本身无过错，才能适用“过错

推定”原则推论其有过错，由其承担损害赔偿赔偿责任。但是过错推定在现实生活中十分广泛，其普遍性可以从加害人这个概念的广泛使用中反映出来。不仅如此，有的学者甚至主张“过错推定”应当成为侵权行为法上的一项归责原则。这是应当引起注意的。

根据民事诉讼法的规定，在通常的情况下，“谁主张谁举证”，在诉讼开始时，一般是原告（侵权诉讼中的受害人）举证，这是举证责任的一般原则。这项原则要求，受害人必须首先就其所受害的事实、造成此受害事实的嫌疑责任人，以及损害事实与嫌疑责任人的不法行为之间的因果关系，承担举证责任。如果受害人举不出足够的证据证明加害嫌疑人有过错，则推定加害嫌疑人无过错，不使其承担损害赔偿赔偿责任，显然，民事诉讼法的原则要求体现在民事侵权诉讼中，就是无过错推定原则。这是侵权诉讼中的推定的一般原则，也是民事诉讼中的推定的一般原则。由此可见，无过错推定原则是民事侵权诉讼中的一般原则。与此相反，由于民法所规定的某些特殊情形，需要通过举证责任倒置的方式实行过错推定，它通过限定被告举证证明其没有过错的抗辩事由，试图强加给被告责任。由于过错推定是在特殊的前提下运用证据法则实行的，所以，只能作为一项特殊的推定法则。

无过错推定原则与过错推定法则，它们的确立具有不同的基础。在现代社会，我们需要保护大多数公民、法人或其他组织的合法权益，需要保护普遍的人权，这是无过错原则的基础。而过错推定原则的基础则是为了维护社会公平，是公平原则的需要。过错推定原则必须严格适用，不能任意扩大适用范围，否则就会冤枉无辜，造成与人权原则相抵触的情况。

十、民事侵权诉讼中推定的发展取向

在民事侵权诉讼法的发展过程中，推定的发展取向是由无过

错推定原则到过错推定法则。这个过程是与民事侵权法的发展过程,即由过错责任原则到无过错责任原则相对应的,就是说民事侵权法的责任原则与民事侵权诉讼法的推定原则具有密切关系。图形表示如下:

民事侵权法“过错责任原则”→民事侵权诉讼法“无过错推定”。

民事侵权法“无过错责任原则”→民事侵权诉讼法“过错推定”。

应当说明的是,上述推定的发展取向是就问题的性质而言的,如果就单纯的量的角度来衡量,过错推定仍处于绝对少数的地位,这也就是我称“过错推定”为一项推定法则而不是推定原则的依据之一,作为一项推定法则,它的适用频度和范围是有限的。

与上述推定的发展取向相比较,诉讼法上的推定,即民事侵权诉讼法中的推定与刑事诉讼法中的推定,它们的发展过程和取向正好相反,即:

刑事诉讼法:“有罪推定”→“无罪推定”。

民事侵权诉讼法:“无过错推定”→“过错推定”。

这是因为,自从刑事诉讼与民事诉讼分开之后,纯粹的过错推定在早期的民事侵权诉讼中一般是没的,因为那时奉行绝对的“谁主张谁举证”的举证责任分配原则;即便有,也是作为一项例外原则,不过到目前为止,我还没有发现这方面的证据。(为了避免读者误解,我有必要再次指出,民事侵权法的推定的这种发展取向,并不是指过错推定有取代无过错推定的趋势,根本不是这样。而是指过错推定的出现是从无到有的过程,这种“有”是极有限度的,限于少数几种特殊的诉讼类型。)

刑事诉讼法中的推定:由有罪推定到无罪推定。因为无罪推定在早期是没有的,只是到了近代才出现,而且已经成为刑事诉讼中的推定的一般原则或普遍原则。

为什么会出现这种局面呢?首先是科学发展的结果。早期,人们对客观世界的许多现象没有足够清晰的认识,往往求助于妖术之类的东西,因而“有罪推定”盛行。到了近代,科学的昌明,使得客观世界的真理得到了充分的揭示,从而为“无罪推定”原则奠定了深刻的科学基础。这是刑事诉讼中的情况。正如 W. C. 丹皮尔所说的那样,“文明世界在停止焚烧女巫以前,已渐渐了解不能再相信有妖人的存在了。这并不是由于世人变得更宽大、更人道了,而是由于世人更怀疑和不畏惧女巫的力量了。事实上,这个世界正在准备迎接十八世纪的唯理论哲学和冷静的唯智论。至少在这个问题上,唯理论哲学和唯智论是有一件功劳值得大书特书的。很明白,这种态度的改变主要是由于科学的进步。科学已经慢慢地确定了人类支配自然的界限并揭示了人类支配自然的方法。”

在民事侵权诉讼中,同样是由于早期的人们对科学的愚昧无知,以及近代工业化以后才有的巨大危险(如工业污染)没有出现过,无过错责任原则才得以被普遍采用,相反,如果采用过错推定原则,则根本就没有这个必要。但在中国封建社会,刑事诉讼与民事诉讼不分,有罪推定是诉讼(当然包括民事诉讼)的普遍原则,这应当引起我们的充分注意。其次,是现代人权思想发展的结果。现代人权观念的影响在刑事诉讼中表现最为明显。它强有力地推动着“无罪推定”原则在刑事诉讼中的普遍适用。而在民事诉讼中,人权思想的重视表现在工业污染案件中,侧重于保护若干个体公民的利益,从而将举证责任赋予加害嫌疑人承担。日本、美国在这方面有大量的判例和立法可资证明。

例如在美国,公民可以依照法律的规定,对违法排放污染者或未履行法定义务的联邦环保局提起诉讼。这方面格威尔特尼案可以说是个典型的例子。格威尔特尼是一个肉类加工商。1981年10月,他得到一个座落在弗吉尼亚州培根河上的肉品包装厂。与

该厂的前所有者一样，格威尔特尼遇到了排放许可证限额规定的麻烦。其排放监测报告表明，四年多来，他一直都在违反许可证限额的规定。排放的污染物均超过了排放限额规定。他虽然安装了废物处理设施，但直到被起诉前，这些设施的处理能力未能得到证明。1984年6月15日，查斯皮克海湾基金会和自然资源保护协会根据《清洁水法》，指控格威尔特尼违反了许可证限额的规定，要求法院判令其承担民事罚款。地区法院受理了本案，判决被告交付128.5万美元的民事罚款。这是根据《清洁水法》提起公民诉讼的最高罚款额。格威尔特尼不服，上诉至第四巡回法院。该法院维持原判。第四巡回法院的判决遭到其他法院和被告的反对。如第一和第五巡回法院在以前的审判实践中，坚持认为对纯属过去的违法行为的控告不足以确立管辖权。联邦最高法院调取了案卷进行复审，认为公民不能对纯属过去的违法行为起诉，因而撤销了第四巡回法院的判决，发回重审。命令第四巡回法院弄清原告是否善意地指控被告存在着持续的侵害行为。

联邦最高法院为此作出了两条权威性的司法解释。第一，过去的违法行为一旦过去，且无再次排放的可能，则违法行为就不是持续的，公民就不能对该行为提起诉讼。只要违法排放行为有可能再发生，就可以起诉，即使违法者在起诉前停止该行为。最高法院认为，在环境案件中，原告要证明存在慢性的持续违反环境标准的行为实际上是很困难的，因为此类案件中证据大部分掌握在被告手中。第二，法院作出的第2条司法解释：公民只要善意地提出被告存在持续的违法排污行为就可以确立管辖；被告要对抗诉讼，就必须证明自己的违法排放行为绝对不可能再发生。根据上述司法解释，第四巡回法院通过重审，仍判决原告胜诉。理由是：(1)原告关于被告存在着持续性侵害行为的控告是善意的；(2)被告格威尔特尼显然提不出证据表明其违法行为不再发生；甚至在该案起诉之时，其安装的废物处理设施的处理能力仍未得到

证明。

在本案中，虽然联邦法院的司法解释仍不允许公民就纯属过去的违法行为提起诉讼，但允许公民基于善意控告持续存在的违法行为，从而堵塞了法律漏洞。在举证责任上，并不要求原告证明自己的控告，而只要求善意地指出违法行为有可能再发生即可。被告则要证明他的违法行为与任何公民控告的持续行为无关，才能阻止诉讼的进行。可见，公民诉讼实行了举证责任倒置原则。若不如此，公民诉讼权将因无法举证而落空，这与发挥公民诉讼作用的倾向是不符的。^①

十一、结 语

我国历史上法官办案有法依法，无法则依情理。以情理作为审理案件事实的根据，其间可能不乏推论的因素。但据笔者查证，在我国古代实体法和诉讼法中，却没有推定的规定。甚至在近代民国时期，这类规范也极为罕见。这当然无益于推定的理论探讨。我国这方面的理论研究，主要是在党的十一届三中全会以后，讨论的广度和深度应该作比较谨慎的估计。可归纳为如下几点：（1）认为只存在一种推定，即法律上的推定。它是根据法律的规定，基于一定的事实，应当假定另一事实的存在。推定的事实都可以反驳，但反驳的当事人应当承担举证责任。（2）所谓事实上的推定，实际是指司法机关办理案件时的逻辑推理。是司法机关在诉讼过程中根据已经确认的事实，按照一定的逻辑规则，推断另一事实的存在。这与法律上的推定是有区别的，应该直接使用“推理”或“推论”一词，以防用语混淆。（3）推定的性质为假定，

^① 陶红英：《美国环境法中的公民诉讼制度》，武汉大学法学院《法学评论》，1990年第6期。

而假定即使具有合理性,也并非都符合实际,应允许反驳和争议。(4)推定的作用主要在于明确举证责任的分担。(5)我国《刑事诉讼法》规定了无罪推定原则,但有人仍持有不同的看法。以上诸论,本文有关部分曾提及,除(5)仍需斟酌(大多数学者主张无罪推定原则应当成为一项重要的司法原则,笔者亦如此)外,其他观点均基本合乎实际,不过其论据的分量似乎应该继续充实,尤其是比较研究有待加强,本文提供了一些资料,可能还有待充实。应当指出的是,我国关于推定的理论研究仍很薄弱,有的甚至存在空白。要者有二:其一,对于实为推理的“事实上的推定”,这种大陆法国家和英美法国家立法上都较为重视的现象如何看待,论述不够;其二,对于民事诉讼中推定的作用所及更少。关于第一个问题,笔者认为,事实上的推定虽为法官依经验法则和逻辑规则进行判断的方法,具有相当的不确定性和任意性,因而要求具有稳定性的法律难于加以规定。但是,这种推理活动司法机关每天都在大量地进行而且必须进行。一个事实的推理要达到何种程度才可终止呢?由于推理与法律上的推定存在区别,因而其达到的程度与法律上的推定所要达到的程度肯定会有区别,对此,日本的区分标准可以为用。关于第二个问题,由于民事案件与刑事案件存在本质的区别,具有很大的灵活性,因而更易于适用推定规则,可参考英美国家的法律详为规范,从而加快诉讼速度,提高诉讼效率。而且对于某些本质上属于推理的事项,民事实体法也可参考英美法的“事实上推定”部分规定一些。

正如前面所言,推定为证据法上的一项重要规则。英美国家尤为重视。在我国,法律上虽然还没有使用推定一词,但也具有推定性质的规定。如民事诉讼法第67条规定,经过公证证明的法律事实、文书,除有相反证据足以推翻者外,应当确认其效力,就是明确要求推翻时应有充分的证据,否则不能排除适用推定。又如《民法通则》第126条规定:“建筑物或者其他设施以及建筑物

上搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的，它的所有人或者管理人应当承担民事责任，但能够证明自己没有过错的除外。”然而，应当看到，我国法律中关于推定的规定很不完善，急需补缺。推定的立法必须以推定的概念和分类的主张为出发点。本文已经就有关推定的各种定义及分类作了较为详细的探讨。笔者认为，我们应当从我国的实际出发，采法律上的推定论立场，并参考国外的立法、学说及判例，对推论及少数不可反驳的推定作出具体规定。指导原则是：（1）关于各种推定的规定，应从立法政策方面着力考虑，不应单纯从立法技巧上进行模仿、抄袭、或随意创设。（2）法律条文内的推定用语，应避免混淆误会。（3）事实上的推定，“为实务上滥用自由心证最大的来源。尤其在刑事案件，发生最大危险之所在，宜加防范并设指导原则。”^①所谓指导原则如上一段。根据上述原则，尽可能详细地规定可以反驳的推定。具体来说，应作出如下规定：

1. 出生的推定。关于出生发生争议时，依我国出生登记制度，在一般情况下，可以户口簿所登记的出生时间为根据。但出生为事实问题，户口簿的记载只具有推定的效力，应允许提出医生或助产士的出生证明予以推翻。

2. 死亡的推定。关于公民死亡时间发生争议时，应由主张死亡时间对自己有利的一方当事人举证。通常可以户籍簿登记的死亡时间为准。但应允许当事人提供医生出具的死亡证据、鉴定意见或其他有力证据，推翻户籍簿所登记的死亡时间。在二人以上同时遇难，其死亡的先后无法证明时，应如何处置。我国民法通则及继承法对此均无规定。笔者认为可参考法国民法，依年龄、性别的不同而推定其一方先死。相互有继承关系的几个人在同一意

^① 陶红英：《美国环境法中的公民诉讼制度》，武汉大学法学院《法学评论》，1990年第6期。

外事故中死亡,如果不能确定死亡先后时间的,推定没有继承人的人先死亡。死亡人各自都有继承人,如年龄不同,则推定长者先死亡;如年龄相同,则推定为女者先死亡。

3. 无过错推定。民事诉讼中的过错,刑事诉讼中的犯罪行为。许多国家的刑事诉讼中有“无罪推定”法则,在犯罪嫌疑人的罪行完全被揭露,并经法庭依据正式的法定程序审理作出有罪判决之前,任何人都不得定为有罪。与此相应,在法律规定的大多数情况下,在民事诉讼中,在被告的行为被证明是恶行或不当行为,这些行为经过正当的法定的程序,经充分的证据所证明,从而被法庭正式确认其有过错之前,任何人不得认为其有过错并被负担民事责任。即是说,无过错推定在原则上适用于一切民事诉讼,举证责任由原告(或控诉方)负担。

4. 精神状态的推定。每个人都被推定为神经正常,除非有确实的反证。每个神经正常的成年人都被推定为能够预见到自己有意意识的活动会产生的后果。但是,在适用这一推定之前,控诉方必须证明被告人的行为是故意的。这是一种从日常的共同经验中得出的推论。

5. 行为方式的适当性和习惯性的推定。任何行为都被推定为是以适当的习惯的方式实施的。当某一事件因时间的推移而消失的时候,这种推定就具有了加倍的意义。这是一种强有力的推定,特别是当它被适用于公众的或官方的行为时。例如,一个人在政府机关从事活动,如作为一名法官,那么这一事实就可以证明,其得到了适当的任命。

由默示行为而为的推定。默示是一种意思不表示于外部的行为,原则上不发生法律效力。但在双方当事人间已有法律关系存在,对一方的默示除推定是要继续维持法律关系而不能作其他解释时,这种默示仍有法律效力。如承租人x租y的房屋,租期届满后x继续居住,y也未令x搬出,即可推定xy要继续维持租赁关系。如有

其他反证来证明这种推定不能成立,则此默示就不能发生法律效力。

6. 合法生育与不合法生育的推定。在多数情况下,以夫妻名义同居,便是婚姻关系存在的证据,它能够对案件作出表面看来确实无疑的证明。由这种同居而引起的生育被推定为合法。反之,如果证明以夫妻名义同居并不存在婚姻关系的合法的有效证件,那么由这种同居而引起的生育被推定为不合法。

7. 所有权的推定。财产,无论动产或不动产,其拥有者被初步推定为该财产的所有人,相应地,不动产的拥有者被推定为该不动产的无条件的继承人。

8. 保存现状的推定。任何事物的现存状态都会持续一段时间,因此,如果某一合伙关系或代理关系被证明为曾经存在过,那么,断言这种关系解除的人就要负举证责任。

9. 公务行为及文书的推定。推定公务员执行职务的行为为合法,公务员于职务上所作的文书的内容为真实。这种推定适用于诉讼笔录,笔录既适用于推定法则,则属于明示可以强有力的证据予以推翻。这与过去视笔录为决定性的证明,法院不可以接受证据以推翻其纪录,因而导致不公平的结果,实为重大的改革意见。

10. 国外认证文书的推定。在国外制作的文书,经本国外交或领事人员认证的,推定其为文书上签字人所签署。

11. 外国认证文书的推定。公务上认证的文书,显示为外国政府或其代表所制作的,推定其为合法的制作。

12. 签字的推定。签署的文书,推定其为文书上签字人所自签。这项推定对于文书上的签字人已死亡,其签署距提出于法院尚不满 20 年的,以及在国外制作的文书,不适用。这是一项新设的规定。对于签署人一经死亡的文书,即所谓古文书,仍依英国法的年限标准。

13. 时间和地点的推定。文书上载有时间或地点的,推定为在

其记载的时间或地点所制作。数种文书记载在同日制作的，其制作的先后，推定其依达成目的的最佳顺序所为。

14. 文书的推定。文书载有合意或义务的，推定其包含所有合意或义务的辞句。并推定该文书制定后，辞句无所增减或变更。这也是一项新设的规定。是就严格的口头证据法则，亦不允许以口头证据推翻书面合意或义务的法则中，摘其要义而设的推定，仍许以反证推翻之。

15. 邮电的推定。挂号邮寄文书在发出之后，推定国内在一定期间内到达，国外在另一期间内到达。收受电报时，电报上所记载的文字及发报的时间和地点，推定其与发报的内容相符合。

16. 故意的推定。一人对其行为及其正常的结果，推定为有意为之。而对于一切恶行，则应当通过证明的方式，由提出控诉的人负担举证责任。

17. 信托关系的推定。在双方法律关系中，一方对另一方给予信任和依赖，另一方受到这种信任和依赖，这样在他们之间就建立起了一种信托关系，这种关系不仅限于法律意义上的受托人〔比如信托业务中的受托人、代理关系中的代理人以及监护人、遗嘱执行人和遗产管理人等〕与委托人之间的关系，它们同时还包括了事实上的信托或信任关系，如同一个家庭的成员间的关系、医生与病人之间的关系、牧师与教区居民之间的关系。^①这种关系一旦建立，受托人就对委托人负有特殊的“受托人的义务”。^②在实

① 王军编著：《美国合同法》，中国政法大学出版社1996年版，第177页。

② 此制在美国得到广泛适用，其典型情况是：一方将财产转移给了另一方，另一方口头许诺依信托关系为转让方或某一第三方持有该财产。如果受让方后来毁弃了该信托关系，转让方就可以主张双方之间存在着推定信托的关系，如果受让方在促成这一转让时使用了欺诈手段或其他不正当的手段，大多数法院会提供此种救济，只要受让人与转让人之间发生了信托关系或其他信任关系或者该转让只是为了提供担保而进行的。

践中，“如果某人通过采用实际的或依信托存在的欺诈手段，通过胁迫或滥用他人给予的信任，通过实施侵权行为或通过采用导致显失公平后果的行为或其他不正当的行为，获得或持有了依衡平法或道德准则不应获得或持有的法律上的财产权，法院就可以推定在他与受损害方之间发生了信托关系，并因此而令其承担衡平法上的返还财产的义务，以防止其非法地和不当得利。”^①

以上列举了笔者认为应当规定的 16 种推定法则。事实上还有许多其他的推定，如果这些未经列举的推定已经成熟，当然可以成为法定的推定法则。

最后应当指出，推定源于经验，后随时代环境的变化而有所增减。因此，对于已成为法律上的推定事项，应该加以检讨。对于人类的经验法则，及逻辑上的推论，司法实务方面应当随时进行研究，详细阐明其判断理由，从判例上加以发展。

^① 王军编著：《美国合同法》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 121 页。