

论民法中的推定规范

钟 维*

内容摘要 :民法中推定规范的构成要素包括基础事实和推定事实 ,在推定的情况下 ,当事人可以通过证明基础事实(通常情况下证明难度低于直接证明) ,进而在法律上获得对推定事实的确认。推定事实本身或推定事实与其他已证事实的组合能够引起一定法效的发生 ,在一个推定规范中 ,基础事实必须是该法效要件事实以外的事实。推定规范在基础事实与推定事实之间创设了一种特定的法律关系 ,推定的构造是以多元价值取向为基础的。推定规范的法律效果体现在对推定事实确认的强制性与可反驳性 ,它是一种特殊的证明责任规范 ,属于民事事实法的范畴。

关键词 :民法规范 推定 基础事实 推定事实 证明责任

引言 :研究现状

在我国学界 ,对推定规范的研究在诉讼法领域和民法领域体现出了不同的特点。在诉讼法尤其是民事诉讼法既往的研究中 ,推定受到了极大的重视。然而 ,由于其本身的理论难度,^[1]尽管从诉讼法角度对推定的论述已有很多,^[2]有关这一问题的观点仍是繁杂而混乱的 ,甚至未能形成最基本的理论共识。“没有哪个学说会像推定这样混乱……迄今为止人们还不能成功地阐明推定的概念”——德国诉讼法大师罗森贝克教授于20世纪初即指出这一点。^[3]时至今日 ,百年过去 ,该论断依然适用。^[4]而司法实践也在为推定理论的混乱推波助澜 ,由于推定法效的发生意味着降低证明要求 ,因此 ,诉讼中往往会产生一种运用推定的天然冲动 ,以至于各种形式、各种内容的“推定”在实践中喷涌而出。毋宁说 ,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。^[5]此

*中国人民大学法学院博士研究生。

本文系中国人民大学2014年度拔尖创新人才培养资助计划成果。

[1]比如美国学者Laughlin教授就认为 ,在法律术语中 ,除了证明责任以外 ,推定是最难以处理的。See Charles V. Laughlin, *In Support of the Thayer Theory of Presumptions*, 52 Michigan Law Review (1953), pp.195—205。

[2]这方面的文献非常多 ,在后面的论述中也会涉及 ,在此就不一一列出。

[3][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。

[4]推定理论上的争议非常多 ,比如法律推定与事实推定之争、可反驳推定与不可反驳推定之争、立法推定与司法推定之争、推定法律效果之争 ,等等。

[5]Ronald J. Allen, Richard B. Kuhns, Eleanor Swift, *Evidence Text, Problems, and Cases*, Aspen Publishers, 2002, p.870。

外,诉讼法领域内的研究通常侧重于推定的诉讼运行机制与法律效果,由于缺乏对民法实体规范及其法效构成要件的准确认识和深入分析,导致这些研究往往缺乏实证法基础,也缺乏对民法中推定规范的系统识别与整理。

在民法既往的研究中,则较少有涉及推定规范的专门论述,即使是对民法规范进行的专门研究亦然。^[6]然而,对任何民事法律规定而言,诉讼程序是保证其得以落实的终极机制。在诉讼中,对法律上事实的认定如果失之毫厘,对法律规范的适用,以及对当事人实体利益的分配往往就差之千里。在事实状态不明的情况下,裁判者首先需要依靠证明责任规范来认定事实,才能够适用法律进行裁判。可以说,证明责任规范是连接事实与法律的桥梁。推定规范作为证明责任规范中的一种特殊且重要的类型,也是民法中实体规范的一种,^[7]却长期游离于民法学者的研究视野以外,不能不说是一种遗憾。民法学界理应重视对推定规范的研究,立法中对推定规范的妥当配置,以及司法中对推定规范的准确识别和正确解释,都应当成为民法研究中的重要课题。此外,在民法理论的相关表述中,大量存在着将生活意义上的推定与规范意义上的推定相混淆的情况。比如,一些通常被认为是表达出了过错推定规则、因果关系推定规则的法律条文,是否符合规范意义上的推定的构成要件,均值得深入探讨。

民法中的推定规范是一个跨越民法与诉讼法的研究课题,需要同时兼顾这两个领域的知识系统。同时,在学术研究中不能以自己的价值取向代替客观规律,更不能仅仅是为了维护预设条件下的所谓理论体系的自我圆满而进行一些牵强附会的工作。因此,对民法中推定规范的研究应当遵循一定的标准:一是体系强制,即要抓住推定规范的主要特征,使其在形式上应当与其它规范有明确的边界,不存在重复规范领域,保证制度之间的协调性,维持整个法律体系的逻辑性;二是价值存储,即对推定规范的界定应当体现其特有的价值,能够凝聚人们在此问题上的价值共识,并为后来者实现该特定价值提供便利。

一、推定规范的构成要素

民法中的推定规范在形式上表现为藉由证明基础事实而推断未知事实(推定事实)的规则,而从推定规范的具体适用来看,至少就其外观而言也是如此。因此,推定规范应当包含两个基本的构成要素:一个是基础事实;另一个是推定事实。其中,推定事实是一个未知的待证事实,也是当事人所欲发生的法律效果的要件事实。主张该事实的当事人对它负有证明责任,通常情况下当事人要提出证据直接证明该事实,在证明困难导致举证不能的情况下必须承担败诉风险。但如果存在推定规范,当事人就可以通过证明基础事实(通常情况下证明难度低于直接证明)进而在法律上获得对推定事实的确认。这两个构成要素基本上通过观察的方法便可知悉,在所有学术论著中对推定规范描述几乎都跳不出这个圈。但在具体对推定规范进行识别的过程中,就是这么两个简单的要素,还是出现了众多的问题。可见看似简单的地方,往往布满了陷阱。

[6]参见苏永钦《私法自治中的国家强制——从功能法的角度看民事规范的类型与立法释法方向》,载苏永钦主编《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第1—54页;王轶《民法典的规范类型及其配置关系》,《清华法学》2014年第6期;王轶《论物权法的规范配置》,《中国法学》2007年第6期;朱庆育《私法自治与民法规范——凯尔森规范理论的修正性运用》,《中外法学》2012年第3期;钟瑞栋《民法中的强制性规范:公法与私法“接轨”的规范配置问题》,法律出版社2009年版,第22—68页。有少数学者已经开始讨论我国侵权责任法中的证明责任规范,但仍然不是对推定规范专门的、深入的原理性论述,而且在规范识别上也存在一定问题。参见周翠《〈侵权责任法〉体系下的证明责任倒置与减轻规范——与德国法的比较》,《中外法学》2010年第5期;王雷《我国〈侵权责任法〉中的证据规范》,《山东大学学报》(哲学社会科学版)2014年第3期。

[7]即使是研究证据法的学者也承认,推定显然是实体法的内容,将其纳入证据法教科书中仅仅是出于习惯,是旧的写作风格的遗留物。参见[英]克里斯托弗·艾伦《英国证据法实务指南》,王进喜译,中国法制出版社2012年版,第151页。

(一)基础事实

推定规范并没有改变证明责任的分配规则和分配方向,质言之,它的效果只是提供给了被课以证明责任的当事人另一个(可能更容易实现的)证明主题,即基础事实。当事人可以选择通过证明基础事实,来获得对推定事实的确认。因此,一个推定规范中必须存在有基础事实这一要素,而不存在基础事实的无条件的推定在理论上则被称为表见推定。^[8]正如表见代理不是正常意义上的代理,表见证明不是完整意义上的证明一样,表见推定也不是真正意义上的推定,尽管有时它把自己伪装成一个推定。表见推定的作用实质上就是将证明责任指配给一方当事人,而对另一方当事人来说,则是证明义务的免除。^[9]比如《法国民法典》第2274条:“善意,始终得推定之,认为他人系恶意者,应负举证责任。”《日本民法典》第186条第1款:“占有人,可推定为以所有的意思、善意、平稳且公然地占有之人。”这两个法律条文中虽然都使用了“推定”的字眼,但无论是前者中的“善意”,还是后者中占有人的“所有的意思”、“善意、平稳且公然”这些事实,都是未经任何证明而无条件被认定,并把证明责任直接分配给了反对该事实的当事人。很明显,表见推定的本质就是一个普通的证明责任规范,而不是推定规范。

此外,还有解释规范。法律行为解释规范的作用就是对法律行为中意思表示的欠缺或瑕疵通过解释进行弥补。解释规范也不符合推定规范在基础事实方面的要求,因为基础事实的缺乏正是解释规范适用的前提条件。也就是说,只有欠缺意思表示时才有解释规范适用的余地。当然,解释规范中也包含意思表示,但是该意思表示不是基础事实,因为它的内容本身需要由解释规范来确定,它更类似于推定事实。所以,如果以推定的结构来作比喻,通过解释规范相当于直接获取了推定事实,而基础事实则根本不存在。比如《日本民法典》第136条第1款:“期限,推定为为债务人利益而定。”该条款规定在第五章“法律行为”的第五节“条件及期限”中,其效果是,对于一项法律行为(如合同)进行解释时,如果对其中约定的期限有复数的解释可能时,应当以有利于债务人的解释为准。第420条第3款:“违约金推定为赔偿额度的预定。”该条是关于“赔偿额的预定”的条文,根据该条第1款,当事人可以就债务的不履行预定损害赔偿的额度。因此第3款的效果就是,如果一个合同中没有预定赔偿额度,但是却约定了违约金,则将该违约金的数额解释为预定的赔偿额度。类似这样的条文中,都看不到需要当事人证明的基础事实,它们实际上是解释规范,而非推定规范。

在对我国民法推定规范的识别上,不少学者未能将其与解释规范妥当区分。比如《合同法》第211条:“自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的,视为不支付利息。”即有观点认为这是一个意思表示推定规范。^[10]在该条文中,“不支付利息”是通过该条文直接获得的一个意思表示,而需要证明的基础事实则完全没有,因此该条文在性质上应为解释规范而非推定规范。在《合同法》中与第211条类似,第232条前半段也以“视为”的形式表达一个解释规范。而有的条文虽然采用了“推定”的形式,但仍是一个解释规范,如第78条,该条解释的结果就是法律行为的内容保持不变,类似的还有第125条第2款第1句,通过这些解释规范可以确定法律行为的内容。类似这样的法条很容易被误认为是推定规范,但如果将这些词藻去掉,就会发现它们与那些更为普通的解释规范^[11]没有任何区别,因为它们在本质上就是相同的。

我国民法中的解释规范通常有一个标志,即“对……没有约定或约定不明确的”,但有两个条文是例外,即《物权法》第103条和第104条,这两条是对权利存在状况的推定。通常的事实推定规范的法效发生模式是“法律规范→获取事实→权利变动”,但因为权利推定规范的推定事实直接是权利的存

[8]表见推定在大陆法系理论中有时也被称为“暂时状态的事实”、“暂定性真实”或“前司法推定”。

[9][法]雅克·盖斯旦、吉勒·古博:《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社2004年版,第659页。

[10]参见何家弘:《从自然推定到人造推定——关于推定范畴的反思》,《法学研究》2008年第4期。

[11]比如《合同法》第111条、139条、154条、156条、159条、160条、161条、170条、178条、205条、206条、217条、226条、250条、263条、310条第2句、312条、338条第1款、341条、354条、366条第2款、376条第2款、379条第2款、391条、418条第2款、426条第1款。

在状况,因此没有获取事实这个环节,所以其前提条件除了一般的基础事实外,还可以是权利状况或关系本身的“不明”。^[12]比如第103条中,已知存在一个共有关系,但是却无法确定共有人之间是按份共有还是共同共有;再如第104条中,按份共有人之间的份额不明,也不能通过出资额确定。在这些情况下,就可以对当事人之间的权利关系直接进行法律上的推定。但是,对于什么是“权利存在状况”,需要对法律关系进行实质性判断,不能仅根据法条文字表述得出结论。比如《合同法》第250条:“出租人和承租人可以约定租赁期间届满租赁物的归属。对租赁物的归属没有约定或者约定不明确,依照本法第六十一条的规定仍不能确定的,租赁物的所有权归出租人。”该条仅从文字上来看似乎在说所有权的归属,但对条文内容进行分析,租赁期间届满后租赁物的所有权归属本身就是租赁关系当事人之间所作的约定内容。这里的所有权归属是租赁法律关系的一部分,是由法律行为决定的法律效果,而非一种权利存在状况,尤其结合《合同法》第61条来看更是如此,因此该条也是一个解释规范而非推定规范。再比如《物权法》第96条:“共有人按照约定管理共有的不动产或者动产,没有约定或者约定不明确的,各共有人都有管理的权利和义务。”虽然该条与《物权法》第103条、第104条都是有关共有关系的法律,但第103条和第104条是直接决定了物权关系存在状态的条文,因此这两条是权利状况推定规范,而第96条所决定的是债权法律关系,以当事人的意思表示作为他们之间的行为约束,因此是一个解释规范。与第96条类似的解释规范还有《物权法》第98条、99条、100条第1款等。

在我国民法中,与解释规范相对的,真正的意思表示推定规范体现在《民法通则》第66条第1款第3句、《合同法》第47条第2款前半段、第48条第2款前半段、第158条、第171条、第310条第3句。在这些条文中,即使是当事人的“未作表示”、“怠于通知”等,也是法律关系变动过程中产生的一种事实,而非初始约定中意思表示的缺乏。

(二)推定事实

推定事实是当事人所欲发生法律效力的要件事实。在一个民法规范中,若是缺乏推定事实,通常而言是非常明显的,一般不会再把这样的法律条文识别为推定规范。唯一的问题可能来自于拟制规范。拟制是指立法者虽然明知由法律上重要之点(构成要件上所指称的特征)论其拟处理的案型与其所拟引用的法条本来处理的案型所涉法律事实并不相同,但仍将两者赋予同一的法律效力的情况。^[13]将拟制与推定相比较,则拟制的含义是明知A不是B,但是把A视为B,而推定的含义是不知是否为B,但是根据A推定为B。^[14]在推定规范中,推定事实是一个未知事实,而在拟制规范中则不存在未知事实,未知的只是被拟制事实的法效而已,因此不符合推定规范中在推定事实方面的要求。比如我国《民法通则》第11条第2款:“十六周岁以上不满十八周岁的公民,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全民事行为能力人。”有观点认为该条款是对民事行为能力的推定。^[15]然而,十六周岁以上不满十八周岁自然人的民事行为能力状况并不是一个未知的事实。因为依据我国法律,年满十八周岁的自然人才具有完全的民事行为能力,而这类人明显不属于此范围之内。法律上对于此类人,明知其不具备完全民事行为能力的条件,而在其以自己的劳动收入作为主要生活来源的情况下,赋予其等同于完全民事行为能力人的法律地位。因此,这个条文是一个拟制规范而非推定规范。我国民法中类似这样的拟制规范还有《民法通则》第15条、《合同法》第45条第2款、第215条和《物权法》第182条等,不能将其认定为推定规范。

推定事实的选取从立法论角度而言也殊值讨论,需要注意的问题有两个:第一,推定规范是与实体法紧密联系的,能作为推定事实的必须是某个实体规范的法效要件事实,这样在法律上通过推定

[12]通常而言,权利推定的主要方法是将权利上的拥有与事实上的拥有关联在一起,通过比较容易证明的事实上的拥有来推定权利上的拥有。参见王洪亮:《权利推定:实体与程序之间的构造》,《法学研究》2011年第1期。

[13]黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,第194页。

[14]何家弘:《论推定概念的界定标准》,《法学》2008年第10期。

[15]参见陈朝阳:《论推定在证据学中的运用》,《华东政法学院学报》1999年第6期。

确认该事实才有意义。第二,综合考虑立法目的和技术上的可行性,所选取的推定事实应当具有一定的抽象层级。虽然越具体的推定事实越有利于实现诉讼证明的目的,但如果推定事实越具体,在推定规范立法过程中的论证负担就越重。甚至如果通过逻辑或法政策所赋予的立法理由不够充分,该推定规范的设置就会缺乏正当性。试举例说明,比如关于因果关系推定规范,有观点认为,因果关系是一种事实之间的关系,并不是一个事实,只能作为推定原因事实的根据,因此“因果关系推定”的表述不严谨,应为“原因推定”。^[16]此种关于推定事实选取的观点妥当性就是值得怀疑的:首先,“原因推定”与既有的实体法理论不符。在民法理论中,损害行为与损害结果之间的因果关系本身就是侵权责任法效的构成要件事实。怎能凭主观判断认为因果关系只是事实之间的关系,而非具有法律上意义的事实?其次,“原因推定”与思维逻辑不符。原因事实与结果事实之间的联系很大程度上依赖于思维逻辑,从逻辑角度来看,仅从结果无法推定原因。比如,在环境侵权中,假设某条河流的水体受到污染导致沿岸居民受损,仅凭该损害结果,如何推定水质变坏是由于自然因素还是人为因素所导致?如果是人为因素,那污染主体是谁,以及该主体如何实施了排污行为?这些都不是仅从损害结果就能推定的。再次,“原因推定”在立法技术上无法实现。法律条文中不可能指明道姓、绘声绘色地推定某化工厂用怎样的方式实施了环境污染的侵权行为,这些都只能在具体的诉讼中予以证明。如果需要设立推定规范,正确的立法形式只能是,在损害行为与损害结果已经得到证明的情况下,通过其他一些基础事实推定这两者之间存在因果关系。

二、构成要素间的关系之一:以法效要件为视角

虽然,通过推定规范我们得以在基础事实与推定事实之间建立联系,但是推定事实仍然是唯一能导致最终法效的情况,基础事实并不与最终法效直接相联系。因此,需要对构成要素间的关系作进一步的精细化分析。推定事实本身或推定事实与其他事实的组合能够引起一定法效的发生,从法效要件的视角来看,在一个推定规范中,基础事实必须是该法效要件事实以外的事实。而如果将基础事实与最终法效的要件事实相混同,则会造成法律规范理论的混乱。

第一种情形:假设某法效的要件事实为B,A为B的唯一要件事实,规则为“如果A,那么推定B”^[17]。此时,B在该法律规范中就显得没有意义,因为对A的证明就能直接导致法效的发生。换言之,因为A是B的唯一要件事实,一旦能证明事实A,该事实导致推定,那么事实B就绝对确立,反对该推定发挥作用的当事人也不可能进行反驳,这就形成了理论上所称的不可反驳推定。一项不可反驳推定仅仅只是一个有着笨拙用语的实体法律规则,如果法律说原告必须证明事实B才能胜诉,并且如果根据事实A的证明,事实B能够最后推定存在,那么真正的法律规则在于,原告只要能证明要么事实A要么事实B就能胜诉。^[18]一般认为此种推定形式没有证明或者证明责任后果,事实上就是直接导致实体法律后果的规范。^[19]不可反驳推定的典型例子是《德国民法典》第1566条:“配偶双方自1年以来分居,且配偶双方申请离婚或被申请人同意离婚的,即不可驳倒地推定婚姻已破裂。配偶双方自3年以来分居的,即不可驳倒地推定婚姻已破裂。”可以看出,该条文中的两句话都没有在陈述一项推定,而只是表达出一条法律规则而已。在我国民法中也存在着类似的实体法规则,比如《合同法》第15条第2款、第16条第2款,虽然它们没有使用“推定”的字眼。从规范意义上而言,所有的推定都应当是可以反驳的,不可反驳推定在法律概念体系中并没有独立的价值和内容,其本身是一个多余的概念,应予取消。

[16]参见前引[10],何家弘文。

[17]要件事实也可以更多,比如某法效的要件事实为C,A和B为C的充分要件事实,规则为“由A+B推定C”。

[18]前引[5],Ronald J. Allen等书,第519页。

[19][德]普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2006年版,第75页。

第二种情形:假设某法效的要件事实包括A和B,规则为“由A推定B”〔20〕此时,这项规则实质上就是一个复杂形态的表见推定。笔者以《德国民法典》第2255条为例进行说明。该条规定:“遗嘱也可以以这样的方式撤回,即:被继承人以废止遗嘱的意图销毁遗嘱证书,或对它进行通常表达废止书面意思表示的意愿的某些变更。被继承人已销毁遗嘱证书或以前句所称方式更改它的,推定被继承人有废止遗嘱的意图。”分析该条文的结构:其法效为“被继承人撤回遗嘱”。该法效有两种构成要件:第一种为“销毁遗嘱证书”(A)+“废止遗嘱的意图”(C);第二种为“对遗嘱证书进行更改”(B)+“废止遗嘱的意图”(C)。该条第二句表明,如果具备A或B,则可推定C。在该条中,A+C或B+C在形式上同为条文法效的要件事实,由于A或B本身就是法效发生的必证事实,而通过A或B的证明又可以直接“推定”C,在这里除了A、B以外实际上看不到C的任何先决条件。也就是说,主张C的人根本不对任何额外的事实承担证明责任。从法效发生的角度来看,在A或B得到证明的前提下,与其说C是被推定出来的,不如说C是被无条件直接给定的。对该条文的正确理解应当是,废止遗嘱的意图并非撤回遗嘱的要件事实,而欠缺废止遗嘱的意图则是撤回遗嘱效果发生的阻碍事由。该条正常的表达方式实际为:“遗嘱也可以以这样的方式撤回,即:被继承人销毁遗嘱证书,或对之进行更改。但被继承人不具有废止遗嘱意图的情况除外。”通过此种形式上的转换可以看出,表见推定其实是一项对某种法律效果提出争议的对方当事人就该法律效果的要件事实之不存在课以证明责任的立法技术,我们可以将其视同类似但书的规定。〔21〕该条文通过假定的方式分配证明责任,主张遗嘱未被撤回的当事人应当对“被继承人不具有废止遗嘱意图”等阻碍事由承担证明责任。可见,复杂形态的表见推定与简单形态的表见推定在本质上是相同的,都是以推定的形式出现的普通的证明责任规范。其中,简单形态的表见推定的转换形态通常是证明责任的正置规范,而复杂形态的表见推定的转换形态通常是证明责任的倒置规范。必须指出的是,将通常的证明责任规则以推定的形式描述出来,尤其是对欠缺所谓的权利妨碍的事实进行推定,在立法技术上而言是错误的,这将使推定理论中出现难以消除的混乱。〔22〕立法上没必要借助推定的语言来实现想达到的目标,完全可以简单和直接地分配证明责任。

在我国民法中虽然鲜有复杂形态的表见推定,但是复杂形态表见推定的转换形态,即正常表述下的普通证明责任规范,却被不少学者认为是推定规范。比如《民法通则》第126条:“建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、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。”有观点认为该条文是一个过错推定规范。〔23〕该条文中,推定过错的基础事实“建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害”是本来就需要证明的侵权责任法效的要件事实,而非法效构成要件以外的事实。在诉讼中,过错实际上并不是法效发生的前提条件,而过错的欠缺则被作为法效发生的阻碍事由。从规范要件与法效的关系来说,过错这一要件并不是推定出来的,而是初始给定并依此来分配证明责任的。类似这样的条文有很多,比如《侵权责任法》第38条、66条、70条、71条、72条、73条、75条第2句、78条、81条、85条第1句、87条、88条、90条、91条第2款。我们决不能把这样的普通证明责任规范与推定规范混淆。真正过错推定规范的典型例子是《侵权责任法》第58条:“患者有损害,因下列情形之一的,推定医疗机构有过错:(一)违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定;(二)隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料;(三)伪造、篡改或者销毁病历资料。”该条中所规定的三种情形均为侵权责任构成要件以外的事实,因此才是真正的过错推定规范。

具有与《民法通则》第126条相近的内容的是《侵权责任法》第85条第1句,有学者虽然把包括该条文在内许多类似条文认定为过错推定规范,但是同时又认为这些条文的功能在于证明责任倒置。〔24〕

〔20〕要件事实也可以更多,比如某法效的要件事实包括A、B和C,规则为“由A+B推定C”。

〔21〕〔日〕新堂幸司《新民事诉讼法》林剑锋译,法律出版社2008年版,第402页。

〔22〕前引〔3〕,罗森贝克书,第216页。

〔23〕参见前引〔10〕,何家弘文,席建林《试论推定证据规则》,《政治与法律》2002年第3期,前引〔15〕,陈朝阳文。

〔24〕参见前引〔6〕,周翠文,前引〔6〕,王雷文。

此种观点在民法学界比较普遍,许多民法理论中认为发挥了推定效果的条款,实质上并不是规范意义上的推定规则,而是对某些事实在当事人之间直接分配证明责任的普通的证明责任规范。所以,有必要区分生活意义上的推定和规范意义上的推定,因为两者的法律效果和诉讼要求完全不同。生活意义上的推定通常都可以用但书形式,即“但能证明……的除外”这样的形式表达出来;^[25]如果从规范意义上而言,其性质就是一个证明责任倒置规范。而规范意义上的推定以罗森贝克的证明责任规范论为理论基础,强调从法效发生的角度来对民法规范进行分析,要求基础事实应当是推定事实法效要件以外的事实,这样对民法规范的分析才具有诉讼意义。如果只是通过民法规范对证明责任进行了分配,即使在其中使用了“推定”、“视为”或“除外”等词语,它仍旧只是一个普通的证明责任规范,只不过在人们的生活意义上,它带有一些“推定”的逻辑感觉而已。

三、构成要素间的关系之二:以价值取向为视角

推定规范在基础事实与推定事实之间创设了一种特定的法律关系,之所以说是法律关系,是因为这两者之间的联系是在法律意义上的,而非事实意义上的。这种法律关系就是推定规范的构造基础,它存储并体现了推定规范本身的制度价值。推定规范的创立者依据何种关系在法律上将基础事实与推定事实联系起来,体现了法律在这一问题上的价值取向。在推定规范的立法理由书中要特别明确其构造基础,这对推定规范的解释与适用都将具有非常重要的意义。^[26]

推定规范的构造基础是什么?有人从哲学上的因果关系入手,认为推定建立在哲学中的因果关系理论基础之上,^[27]体现了事物之间因果联系的必然性与人类逻辑推理的高度盖然性。^[28]有人从事物之间逻辑关系的角度出发,认为推定是在两个事物或两组事物之间的关系存在一般与个别、常规与例外两种情形时,根据择优原则,将其中的一般关系、常规关系确定为他们之间的充分条件关系的一种行为或结果。^[29]有人强调了基础事实与推定事实之间的常态联系,认为推定是对基础事实与推定事实之间常态联系的肯定。^[30]这些观点虽然在表述上有一定差别,但其思路基本上都是相同的——建立在逻辑思维基础上,并以事实之间自然联系的盖然性为单一的价值取向。这些观点都未能逃脱传统知识结构的樊篱,从本质上体现出在推定研究中对推理/推论理论的路径依赖。然而正是这种研究路径的依赖,不仅无法正确揭示推定本应具有的价值,而且模糊了推定与推理/推论在概念上的界限,这会导致在推定概念中缺乏独有的价值内容。

有的推定规范中所含的逻辑推理成分较高,比如《合同法》第158条第1款:“当事人约定检验期间的,买受人应当在检验期间内将标的物的数量或者质量不符合约定的情形通知出卖人。买受人怠于通知的,视为标的物的数量或者质量符合约定。”类似的还有该法第158条第2款、第310条第3句。但再看《民法通则》第23条这个推定规范:“公民有下列情形之一的,利害关系人可以向人民法院申请宣告他死亡:(一)下落不明满四年的;(二)因意外事故下落不明,从事故发生之日起满二年的。战争期间下落不明的,下落不明的时间从战争结束之日起计算。”类似的还有该法第20条。这样的推定规范中的基础事实和推定事实之间的关系就很难完全以逻辑推理解释。推理所关注的是结论的正确概率,

[25]有学者认为此种语言范式的存在与否是区分可反驳推定与不可反驳推定的标志,参见张海燕:《论不可反驳推定》,《法学论坛》2013年第5期。笔者见解与此不同。

[26]比如在推定规范的冲突适用时,就需要比较两个推定规范中所蕴含的价值取向,也就是比较两个推定规范的构造基础中的法政策或价值的位阶,以适用其中具有较高位阶价值的推定规范,详见下文论述。

[27]参见前引15,陈朝阳文。

[28]参见前引23,席建林文。

[29]参见王学棉:《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。

[30]参见裴苍龄:《再论推定》,《法学研究》2006年第3期。

而推定则不一定。比如《民法通则》第23条中,法律所关注的并不是这个人究竟有没有死,而是别的一些东西。一个人如果多年下落不明,与他有关的社会关系就会处于不稳定的状况,其个人财产也处于闲置浪费状态。如果宣布一个人死亡,则他的财产会被继承,继承人可以按照最符合经济效益的方式对这些财产进行利用或处分,他的债权可以由继承人来收取,他的债务可以得到适当的履行或清偿;夫可再娶,妻可再嫁,孩子可以被收养,从而重新建立家庭关系,开始新的生活。如果一个人下落不明多年也不能推定其死亡,这一切都会处于不确定的状态。所以,从法律的角度来看,并不是因为通过推理认定了死亡的事实,才发生了这些效果,而是为了要发生这些效果,法律才推定出死亡的事实。这个推定的目的并不在于确认一个人的死亡状态,而在于保持法律关系与权利关系的可预期性与稳定性。此外,如果一个人“多年”下落不明,从思维逻辑而言他确实可能已经死亡,但是第23条这个推定规范的基础事实为什么是下落不明满四年,为什么不是更短的二年、三年,或者更长的五年、六年?可以看到,当涉及具体数字的时候,思维就打结了,因为这很难从我们的逻辑思维中得到解释。这是一个感性的、形象的突破口,也能让我们意识到,这个推定规范中所包含的肯定不是单凭推理所能得出的结论。这是一个立法技术问题,就事实认定价值而言,下落不明三年或四年并没有太大不同,但因为该条文的存在,在法律效果上,四年产生的就是一个可反驳的推定,而三年产生的只是一个可能的事实推论。

在一般意义上而言,推定规范中基础事实和推定事实之间的法律关系是以多元的价值取向作为其构造的基础的,这使推定在价值内涵上得以与推理或推论区别开来。正如前述对《民法通则》第23条的分析,每个具体的推定规范中都包含了特定的价值取向,作为联结基础事实与推定事实的纽带。要了解其价值取向,必须对具体的推定规范进行分析。虽然如此,笔者在此还是尝试对推定规范通常可能的构造基础作一个不完全归纳,以管窥推定制度的价值内涵:第一,基础事实与推定事实之间达到一定程度盖然性的联系;第二,保持法律关系与权利状况的稳定性及可预期性;第三,支持社会正义,保护通常在社会中地位或经济实力处于弱势的一方当事人,并加重实力较强一方当事人的责任;第四,社会或公共政策的考量;第五,缓和难以举证的一方当事人的证明难度,并促使易于举证的一方当事人提出证据;第六,避免因客观上的证明难度,缺乏对推定事实的证据而导致程序或裁判上的僵局;第七,省却对诉讼中非严重争议事实的证明,等等。当然,需要注意的是,在上述构造基础中,一项具体的推定规范的创设通常会兼具其中多项理由。

四、推定规范的法律效果及体系定位

推定规范的法律效果体现在对推定事实确认的强制性与可反驳性。一方面,对推定事实的确认具有强制性,是从法官的角度而言的。在法律上有推定规范存在的情况下,只要主张推定的一方当事人提出证据并完成对基础事实的证明,而对方当事人没能提出反证或反面证明,则法官没有任何自由心证的余地,必须对推定事实予以确认。^[31]所谓强制性的实质就在于,推定的阀门不是掌握在法官手里,不是法官依其判断来对推定事实进行认定,而是法律自动推定出这一事实,这使得推定得以区别于普通的诉讼证明。另一方面,对推定事实的确认具有可反驳性,是从当事人的角度而言的。在主张推定一方当事人完成对基础事实的证明后,受推定不利影响的对方当事人可以选择对推定的基础事实提出反证,或者对推定事实进行反面证明。这两种方法均能达到反驳对方当事人主张的目的。也就是说,受推定不利影响的一方当事人可以自由选择反驳的主题。但须指出的是,反面证明在性质上是一个本证,必须提供充分的证据和达到一定的证明标准,而反证只需引起合理的怀疑,即可达到动

[31]推定规范是对法官的直接命令,亦即指示法官从方法上如何解决问题。推定规范十分准确地命令法官,把某个既定的要件事实视为为已经被证明,尽管实际上法官无法从生活事实中获得对该要件事实的心证。参见前引〔19〕,普维庭书,第74—75页。

摇推定的基础的目的。因此,反面证明的难度要大于反证,即反驳推定事实的难度要大于反驳基础事实。

就对推定事实确认的强制性而言,前述的解释规范是不符合要求的。解释规范的适用不是强制性的,而是补充性的。只要当事人先前存在另外的约定,或者事后能够达成补充协议,就没有解释规范的适用余地,法官也没有强制适用解释规范义务。就推定事实的可反驳性而言,前述的不可反驳推定显然是不符合要求的。此外,前述拟制规范也是如此。由于在拟制规范中不存在未知事实,未知的只是被拟制事实的法效,没有可供反驳的推定事实,因此它与不可反驳推定在法律效果上具有高度相似性,它们虽然可能具有推定的形式,但反面证明都是不被允许的。^[32]拟制规范赋予了被拟制的法律要件最终的法效,而推定规范并没有此等效果。

推定规范最主要的法效意义在于转移证明责任。也就是说,根据法律规范承担证明责任的一方当事人,如果能提出证据证明基础事实,那么根据推定规范,推定事实就得到了确认,此时证明责任就转移给了对方当事人。但是,如果受到该推定不利影响的对方当事人能提出反证基础事实或反面证明推定事实的充分证据,那么该推定就会像气泡一般爆裂消失。^[33]当然,这是只有一个推定规范存在时的情形,但如果同一要件事实上存在两个相冲突的推定规范,该如何解决呢?首先,应当根据法律效力的一般判断规则进行确定,即上位法优先于下位法,新法优先于旧法,特殊法优先于一般法;其次,在通过以上方法仍无法确定时,应当比较两个推定规范中所蕴含的价值取向,也就是比较两个推定规范的构造基础中的法政策或价值的位阶,以适用其中具有较高位阶价值的推定规范;再次,如果两个推定规范的价值位阶相同,此时推定规范应被视为不存在,而直接比较双方的现有证据,并结合其他相关事实进行综合判断。

推定规范就其性质而言是一种证明责任规范,而且是一种特殊的证明责任规范。一般意义上的证明责任规范是指在实体法律中直接对证明责任进行分配的规范。而推定规范的法律效果概括言之,则是证明责任的减轻或缓和,它允许当事人选择通过证明基础事实,进而在法律上获得对推定事实的确认,通常情况下此种证明难度低于对推定事实的直接证明。之所以说推定规范的法律效果只是证明责任的减轻或缓和,是因为它具有前述的影响证明责任的法律效果,但并没有改变证明责任的分配规则,只有在完成相应证明后,它转移证明责任的功能才会发挥出来。证明责任规范毫无疑问是属于实体法的范畴,而作为一种特殊的证明责任规范,推定规范广泛存在于民事实体法之中,理应被纳入民法规范体系研究的范畴。我们只有加深对民法中推定规范的原理性认识,才能在立法中更好地配置推定规范,在司法中更好地识别和运用推定规范。

[32]前引[3],罗森贝克书,第220页。

[33]James B. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Little, Brown and Company, 1898, pp.336—337.