

推定对举证责任分担的影响

叶峰 叶自强*

内容提要: 举证责任基本原则是在推定的基础上确定的。但是在每个具体案件中,当案件性质及其举证责任确定之后,推定规则不可能对该案件的已经分配的举证责任产生影响,更不可能导致这种举证责任的转移。

关键词: 举证责任 举证责任倒置 推定

一、引言

在民事诉讼和刑事诉讼中,推定作为一种重要的证据方法,得到了广泛的运用。推定可以分为不同的种类。以推定是否可以反驳为标准,可将它分为可以反驳的推定和不可反驳的推定。^{〔1〕}以推定是否为法律所规定,可将它分为事实上的推定与法律上的推定。事实上的推定与法律上的推定的不同点是:前者不具有法定性,后者具有这种特性。从英美证据法、以色列证据法和日本民事诉讼法的有关证据的规定来看,法律上的推定是很有限的。^{〔2〕}只有那些经过长期实践检验的事实上的推定才可能上升到法律的高度。与此相反,事实上的推定仅具有个案性,因案而异。与法律上的推定相比,事实上的推定在数量上要得多得多。然而,无论是事实上的推定还是法律上的推定,都具有可反驳性。

在实践中,推定的运用带来了许多诉讼上的效益,同时也引起了不少问题。最主要的问题是,不少学者认为,推定对当事人举证责任的分担具有重要影响。这个命题包含两个方面:一是在每个具体的民事案件,甚至刑事案件中,举证责任的确定要依赖于推定;二是推定的法律效果是移转举证责任。例如,在美国模范证据法典的说明中有这样的解释:在审理事实者(有陪审团审理时指陪审团,没有陪审团审理时指法官——笔者注)认定事实不存在较其存在具有

* 叶峰,最高人民检察院检察员;叶自强,中国社会科学院法学研究所副研究员。

〔1〕 不可反驳的推定不是真正的推定。我国学者陈一云认为:“对那些法律条文上使用了‘推定’一词,但不能争议、反驳的,应依具体内容来确定为何种规定,而不能作为推定的一种。”见陈一云主编:《证据学》,中国人民大学出版社1991年版,第164页。

〔2〕 日本刑事法律中规定了少数推定。如公害罪法中有关因果关系的推定(1970年《关于处罚危害人体健康的公害犯罪的法律》);不当收益的推定(1991年《关于在国际协力下防止助长有关违禁药物不正行为的毒品及精神药品取缔法等特例法律》);此外,还有企业主过失责任的推定。见〔日〕田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪等译,卞建林审校,法律出版社2000年版,第228页。

更大的可能性之前,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。^[3]这意味着当一项推定成立后,举证责任将由原来承担举证责任的一方转移给原来未承担举证责任的一方。

在上述命题的两个方面中,第二个方面令学者感到困惑。如京都大学教授铃木茂嗣指出:狭义的法律上的推定是指,“法律的规定包含‘若有事实 A 的证明,则存在事实 B’这种推定的场合。在这种场合,作为犯罪要件的事实 B 的举证责任就转换给被告,被告负有证明事实 B 不存在的举证责任。这是传统的见解。如果被告没有积极的举证,裁判官就必须认定事实 B 的存在。从这一立场来看,法律上的推定是一种随举证责任向当事人一方的转换而发生的‘义务性推定’。但是,举证责任向被告的转换与‘无罪推定’相矛盾,而义务性推定作为对裁判官判断的限制同自由心证主义也相冲突。因此,这种规定存在着重大问题。”^[4]

为了弄清上述问题,笔者将首先从推定与举证责任之间关系着手,弄清它们的联系和区别,这是弄清所有问题的基础;其次,结合英美、日本和我国证据法学术界的观点,论证推定是否可以转移举证责任;然后具体讨论推定的第三层次——初步证据推定和说服力推定,以便对上述问题作出比较精确的描述和识别。

二、举证责任的确定是否要依赖于推定

在证据法学术界,有一种观点认为,在每个具体的民事案件,甚至刑事案件中,举证责任的确定要依赖于推定。为了澄清这种观点是否正确,有必要区分两种情况。首先是推定对于举证责任发生影响的时间。笔者承认,从事物的因果关系来说,推定对于举证责任的分配规则具有影响,但不能一概而论。这里存在一个时序问题。我们认为,“谁主张、谁举证”作为举证责任的一般原则,是在统计概率、常识的基础上作出推论,后演变为一项推定规则,最后成为举证责任原则的。就是说,它经历了先推论,后推定,最后为举证责任规则这样的过程。在这样的演变过程中,举证责任规则的确定显然受到了推定规则的影响,它是在推定规则的基础上确立的。这种影响一方面说明了推定与举证责任之间的联系,另一方面也说明了两者的区别。

其次是哪些举证责任规则受到了推定规则的影响。我们知道,举证责任规则可分为总体的举证责任规则(或举证责任的一般原则)和各种具体类型的案件的举证责任规则。总体的举证责任规则(或举证责任的一般原则)的确立要受到推定规则的影响,是显而易见的事实。否则,就难以解释它何以在漫漫的诉讼长河中一直支配着人类的证据分配实践。因此,问题在于每个具体类型案件的举证责任规则是否也要受到推定规则的影响。

我们认为,对于具体类型的案件,举证责任的一般原则具有明确的指导意义。这意味着,在某个具体案件的举证责任倒置法则确定之前,应当毫无异议地采用举证责任的一般原则来解决举证责任在双方当事人之间的分担问题。这就摆脱了依据推定规则来判断或分配举证责任的危险性。因此,笔者的结论是:在举证责任一般原则确定的前提下,每个具体类型的举证责任规则通常不会受到推定规则的影响。同样,在举证责任倒置法则确定的前提下,每个具体

[3] 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257页。

[4] 转引自西原春夫、苏惠渔主编:《中日刑事法若干问题》,上海人民出版社1992年版。

类型的举证责任规则也不会受到推定规则的影响。

但是,个别案件的举证责任倒置法则的确立却要受到推定规则的影响。例如,某些案件的举证责任倒置规则,就是在一定程度上和一定条件下,根据推定规则所确立的。因为推定的科学基础是统计学、概率论。一项推论的概率越高,可能性越大,那么,该推论的可靠性或可信度就越强,就越有可能被诉讼法或证据法吸收为推定规则。例如,在刑事诉讼中,在巨额财产来源不明案件中,就隐含着一项推定规则。它的前提是:一个人对于自己财产的来源最清楚,其他人不可能比他自己更了解这一情况。这一前提是任何人都不会提出异议的。因此,它是一项普遍的被广泛认知的推论。基于这一推论,法律规定由财产所有者本人承担说明或证明的义务或责任。这时,它就由一项推论上升为一项推定法则。

因此,如果以时间来衡量,我们的观点是,推定对举证责任的影响发生在举证责任确定之前,即便在举证责任倒置的情况下也是如此。

当然,推定对举证责任的影响不是绝对的。相反,举证责任规则一旦形成,就具有了相对的独立性或“独立的人格”,并不还原为推定规则。同时,还必须指出,并不是所有的推论都会演变为举证责任规则,也并不是所有的推论都会成为推定规则。

以上说明了推定与举证责任之间的区别。另一方面,两者之间也具有一定的联系,即推定规则与举证责任规则两者具有同样的理论基础。例如,无论是在确立举证责任的一般原则(或举证责任倒置法则)时,还是在确定推定规则时,都要以统计学和概率论作为自己的科学基础。

然而,两种规则的产生虽然具有同样的基础,但并不等于推定规则会对举证责任原则产生什么重要的影响。这种影响虽然不可否认,但不是根本性的。

由此我们可以得出结论:举证责任的原则是在推定的基础上产生或确定的,这与自然科学、特别是数学上的统计概率知识有密切关系。但是这个结论不能运用到每个具体的案件之中。不能说在每个具体案件中,在案件的性质及其举证责任确定之后,推定规则还会对举证责任的分担发生影响,甚至导致举证责任的转移。

在民事诉讼中,举证责任是随着案件性质的确定而确定的。当案件的性质确定之后,举证责任就被确定了。显然,举证责任的确定时间是在法庭审理之前,而不是在审理之中或审理之后。推定则不同。在民事诉讼中,对于证据的推定只能发生在法庭审理之中。由此可见,推定对于举证责任并不产生什么重要影响,它决不会导致举证责任的转移。而在巨额财产来源不明的刑事案件中,之所以采取举证责任倒置法则,而不是采取通常的由原告即控诉方承担举证责任的原则,其根据不在于推定,而在于“证据距离说”。具体而言,就是考虑到被告最能了解自己的巨额财产的来源情况,有充分的理由相信被告最有条件做到这一点。因此,法律确定举证责任由他来承担。在这里,推定是举证责任倒置之后的结果,而不是它的前提。在这种特定的诉讼中,由被告承担的举证责任同样是随着案件性质的确定而被确定的。只有在举证责任确定之后,推定才可能起作用。在巨额财产来源不明案件中,“如果被告不能证明自己的巨额财产的来源,那么即推定他有罪”,这与其说是一项推定规则,不如说是刑事诉讼法上的实体规则,它与真正的推定规则有着本质的区别。因为这项推定的根本特征在于它不允许反驳,与我们通常所说的推定(可以反驳的推定)有着原则的区别。

三、学界对“推定是否可以转移举证责任”的争论

(一) 英美学者的见解

对于推定是否可以转移举证责任的问题,英美证据法学术界存在争论。一种观点认为,推定可转移举证责任。在民事诉讼中,如果一方提出法律上的推定,就把举证负担转移到对方。例如,假如当事人一方主张自己作为婚生子女,应当对父母的财产享有继承权,他就必须证明自己确系婚生子女。换言之,他就应当承担证明其确系婚生子女的责任。如果他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责任负担的作用。

另一种观点则对此持否定态度。如英国证据法学者诺克斯(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。”〔5〕

在美国,围绕着“推定的效力到底是什么”这一问题,学者们进行了激烈争论。一种观点认为,如果案件中存在证据,陪审员或法官可以从该证据合理的认定出发,推定事实不存在。在这种情况下,推定不具有效力。就是说,只有在未能提供证据充分辨明推定,作出推定事实不存在的认定时,推定才具有效力。这种观点被柴尔、威格莫及美国法学会拟定的模范证据法典认同,并被法院判例采纳。模范证据法典第 704 条对于推定的效力的规定,就是基于此种主张,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,这种首先由柴尔提出的主张,虽然被威格莫所接受,但是威格莫在其《证据学》第三版中却认为,推定的效力是:当有反证提出并提交陪审团时,法官应告知陪审团可予推定。因而推定虽失去拘束力,但仍有立证价值。

在柴尔提出自己的主张之前,有人说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。但是也有人不同意这种看法,认为除非这种反证是无可置疑的,应当维持推定的效力。

自从柴尔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的看法,认为一种推定实际上只具有可能性,它的效力应维持到反证具有证据上的优势,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。该法第 14 条规定,推定的效力分为两种情形:一是如果基础事实对于推定事实的存在具有证据价值,则推定继续存在,在这种情况下,因该推定而处于不利地位的一方,应证明推定事实不存在。二是如果基础事实对于推定事实的存在并没有什么证据价值,那么,当认为推定事实不存在的证据提出时,推定就失去效力,该事实应依证据来决定。〔6〕

美国证据法学者华尔兹不同意柴尔的看法。他认为,在刑事诉讼中,在控诉方强有力地证

〔5〕 前引〔3〕,沈达明书,第 274 页。

〔6〕 同上书,第 258 页。

明所有犯罪要件且无任何合理的疑点之前,被告人一直被推定为无罪。与此相应,“刑事案件中的推定显然不能把举证责任和说服事实认定者的责任转交给被告人。刑事诉讼中的推定实际上仅仅是可采用的推断。”这就是说,在刑事诉讼中,主持审判的法官不能随便要求陪审团必须认定某一个“推定的”、不利于被告的事实。当某个推定事实是否存在的问题提交陪审团时,法官应指示陪审员们,他们可以认为那些基础的依据性事实足以证明该推定事实的存在,但他们并不必须这样作。如果该推定事实确认被告人有罪,确认被告人构成所控犯罪的一个要素、或者否定了被告方的辩护,那么这种推定事实的存在就必须超出合理怀疑的证明。^[7]

在美国的司法实践中,关于推定与举证责任的分配问题,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。^[8]

经过长期的学术争论和司法斗争,^[9]立法部门终于就推定与举证责任的关系问题作出了原则性的重要规定,这就是1975年2月1日生效的美国联邦证据规则第301条。它规定:“在所有民事诉讼中,除国会制定法或本证据规则另有规定外,一项推定赋予其针对的当事人举证反驳或满足该推定的责任,但未向该当事人转移未履行说服责任即需承担风险意义上的证明责任,该证明责任仍由在审判过程中原先承担的当事人承担。”^[10]该条款说明:第一,推定的效果在于使另一方当事人承担“提供证据的责任”;第二,推定不转移风险意义上的举证责任;第三,风险意义上的举证责任仍由在审判过程中原先承担的当事人承担。

以上阐明了英美证据法学术界关于推定与举证责任的关系的讨论情况。我们认为,诺克斯和华尔兹的观点较为可取。在一项推定成立的情况下,并不导致举证责任的转移,仅仅转移“提供证据的责任”。具体来说,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“提供证据的责任”继续转移。

(二) 日本学者的见解

日本学界传统的观点认为,如果证实了前提事实,证明推定事实不存在这种举证责任就转换给被告人。这里又包括三种观点:一是实质的举证责任转换说,认为实质的举证责任从推定规定的效果上转换给被告人。二是证据提出责任说,认为如果按照“实质的举证责任转换说”,被告人不是因为犯罪而受处罚,而是因为诉讼方法的弊端而受处罚的,因此他们主张把证据提出责任转换给被告人。三是修正的证据提出责任说,认为在刑事诉讼中,仅仅转换证据提出责任,只要被告人提出某种证据就可阻碍推定的效果,从而设定的推定规定就失去了意义。因此,他们主张,只有在对推定事实有疑问时,才需要提出合理的事实。这种举证责任附带了证明力,所以比实质的举证责任说前进了一步,是上述两种学说的折衷。^[11]田口守一教授认为,修正的证据提出说是妥当的,因为这种观点反映了推定规定的宗旨,而且与刑事诉讼的原则协

[7] [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1993年版,第316页。

[8] [苏]普钦斯基:《美国民事诉讼》,第104页。

[9] 《美国联邦证据规则》是1965年开始起草的,直到1975年才正式成为法律,其中的过程是复杂的、曲折的,理论上经过了激烈的争论。见《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》,卞建林译,中国政法大学出版社1996年版,第104页。

[10] 同上引书,第104页。

[11] 前引[2],田口守一书,第228页。

调一致。^[12]

由此可见,日本刑事诉讼法学者田口守一等的看法与英美国家是有差异的。日本学者认为,推定的效力既不是总体的举证责任的转换,也不是引起“提供证据责任”的转换,而是一种折衷说。折衷说或许是对日本学者的“证据提出责任说”的一种修正,但就其本质来说,它与英美学者举证责任分层学说中所阐明的“提供证据的责任”的观点是基本近似的。在英美举证责任分层学说中,当被告人履行其“提供证据的责任”或“抗辩责任时”,他的证据可能附带证明力,也可能毫无证明力。只有在证据具有证明力的情况下,才可以阻碍推定的效果。不过,这种证据的证明力与控诉方所提供的证据的证明力相比,在要求程度或标准上要低一些。^[13]从这个意义上来说,日本学者的“证据提出责任说”是对“提出证据责任”的一种不到位的理解,而“修正的证据提出责任说”的理解比较到位罢了。

现在,日本学者认为,如何理解举证责任的转换,是需要研究的问题。这方面目前主要有两种观点:义务推定说和允许推定说。义务推定说认为,法院有认定推定事实的义务。在民事诉讼中,法院对推定事实的认定是法律所强制要求的,这一点与刑事诉讼并无差别。然而,如果这样,可能与无罪推定原则发生矛盾,这是困惑之一。困惑之二是,如果法律不根据事实上的推定认定事实,就可能违反自由心证主义。实际上,这种情况恰好说明,法律上的推定的效果不能动摇举证责任的既定分配,不能引起举证责任的转换。否则,必然会导致上述困惑。

允许推定说认为,不履行证据提出责任的行为本身就是一种情况证据。在这种情况下,法院仅仅认定推定事实即可。不过,即使是证明了前提事实,法院也不一定有义务认定推定事实。与法院通常认定事实一样,认定推定事实也需要达到无合理怀疑的程度。田口守一教授认为,允许推定说是妥当的。^[14]他说:“有时,被告人想提出证据但又不能提出时,在一定条件下被告人不提出证据本身就可以作为一种证据。第一,必须肯定推定规定中前提事实与推定事实之间存在一般的合理的关系(密切关联性)。只有满足这种条件的推定规定,才能支持允许的推定说。第二,必须便于被告人证实推定事实的不存在。让被告人提出证据是强人所难时,不允许推定。”^[15]

对于经田口守一教授补充的“允许推定说”,我们的看法是:第一,在任何推定中,前提事实必须是确定的、无误的,只有这样,才构成推定的出发点;第二,不能把不履行证据提出责任的行为作为一种情况证据,并由此而得出推定事实。因为不履行证据提出责任的行为的情况比较复杂。例如,当被告人处于被监禁的状态时,他就很难履行这种责任。因此,把“不履行证据提出责任的行为”作为一种“情况证据”,作为一种前提事实,是不成熟的,由此所得出的推定是不可靠的。即使有了田口守一教授的补充条件,那些条件也不是法定的,而是需要依靠审判人员的主观判断,难以避免任意性,不可能构成对审判行为的有效约束。因此,我们认为“允许推定说”不是有力的学说。

(三) 我国学者的见解

在统编教材《证据学》一书中,作者写道:“法律上的推定,是法律明确规定,当确认某一事

[12] 前引[2],田口守一书,第228页。

[13] 参见叶自强:《举证责任的确定性》,《法学研究》2001年第3期。

[14] 前引[2],田口守一书,第229页。另见铃木茂嗣:《刑事证据法的若干问题》,载苏惠渔、西原春夫等著《中日刑事法若干问题》,上海人民出版社1992年版,第113页。

[15] 前引[2],田口守一,第29页。

实存在时,就应当据以假定另一事实的存在,而这种被推定的事实不用加以证明。既然推定是一种假定,当然应当允许反驳,可以推翻,只是要推翻该假定者应负举证责任。”“如果否定者提出的证据足以推翻推定的事实,就应当排除其适用,而确认由证据所证明的事实。”推定的意义之一是,“可以使当事人合理分担举证责任。法律上推定的事实总会有利于一方当事人,由于它不需要证明,就免除了该当事人的举证责任。否定推定的事实存在的当事人,则应负举证责任。由于推定的事实由否定者举证反驳较易,这就合理地解决了双方当事人对它的举证责任。”“法律上推定的事实,是以无相反证据证明为条件假定其存在。认为这种假定于己不利的当事人,可以争议、反驳,但应提供证据证明其反驳意见有理有据,足以否定推定的事实。这就是说,否定推定事实的一方当事人应负举证责任。对这种证据进行审查后,认为确实可靠,足以推翻推定的事实,推定就失去效力,不能再适用。”“总之,法律上有关推定的规定,在相反证据不足以否定时,应依法对假定的事实予以认定;当相反证据足以证明推定的事实不存在,就不能适用推定。”〔16〕

该书作者认为,举证责任是“当事人提供证据证明有利于自己的主张的责任”。〔17〕如果按照这个定义来理解上述的论断,认为否定者应承担“提供证据的责任”,那么应该是正确的。但是问题在于,在否定者承担提供证据的责任的情况下,是没有说服负担的。然而在我们从本书所摘引的上述论断中,作者却要求否定推定的一方当事人提供“确实可靠的、足以推翻推定”的证据,这实际上意味着,他必须对自己所提供的证据履行说服责任,否则就会承担于己不利的后果。这显然超出了该书所定义的举证责任的范围。因此,从这里我们只能得出如下结论:推定将引起一般意义上的举证责任(包括提供证据的责任和说服责任)的转换,是作者关于这个问题的真实见解。而这个见解是我们所不能同意的。至于推定是否具有这种效果,我们将在后面阐述。

四、初步证据推定与说服力推定及其与举证责任之间的关系

为了更深入地探讨推定与举证责任的关系问题,我们要在这里引入两个概念:初步证据推定和说服力推定。从推定的层次划分来说,推定是最高层次,第二层次是法律上的推定和事实上的推定。这样,初步证据推定和说服力推定就位于法律上的推定和事实上的推定之下,属于第三个层次。

(一) 初步证据推定与说服力推定的联系和区别

所谓初步证据推定是指,对于某个证据来说,如果它通过了法院的验证,即享受初步合格的推定。初步证据推定的标准主要适用于审判前的准备阶段。例如立案庭人员在审查起诉时,基于较低的标准(形式审查或形式标准)对符合此标准的证据允许其提交到法庭上质证。美英国家都有这种做法,称为法庭审理前的验证阶段,只有经过验证的证据才可以提交到法庭上进行辨认和质证,才具有初步合格性。因此,一旦享有此项推定,就应当允许提交到法庭上进行辨认和质证。可见,这种推定的后果是赋予某些证据以初步合格性,赋予它一种进入法庭审理阶段的准许资格。这种做法的目的在于剔除与案件无关的证据,避免当事人混淆视听,加

〔16〕 前引〔1〕,陈一云书,第162页。

〔17〕 同上书,第149页。

快诉讼进程,提高诉讼效率。

所谓说服力推定是指,提交到法庭上的某种证据,经过质证和辩论之后,仍然具有很强的证明力,即享受说服合格的推定。按照英美举证责任分层理论,当诉讼开始后,通常要由原告提出证据,并说服事实审理者(法官)。在这种情况下,初步证据推定通常不会遇到太大的困难。最大的问题是说服力推定是否成立。如果原告所提出的证据具有很强的说服力,并有效地克服了被告方的反驳,则说服力推定可能成立,这时也可以说原告已经成功地履行了自己的说服责任。根据这个标准,该事实可被接纳为证据。反之,如果说服力不强或者遭到被告方的有力驳斥,则关于该事实的说服力推定不成立,它就不能被接纳为证据。因此,说服力推定成立的条件是:第一,必须是在诉讼开始之后的法庭审理阶段;第二,必须是原告所提出的证据具有较强的说服力;第三,必须能克服被告的反驳。

(二) 说服力推定成立的后果

笔者认为,说服力推定可分为个别证据的说服力推定与本案所有证据的说服力推定。以上图为例,在个别证据的说服力推定成立的情况下,它初步被接纳为证据(就稳定性而言,比关于它的初步证据推定有所加强)。在这种情况下,如果被告提出反驳,则“提供证据的责任”就转移到被告一方。因此,说服力推定能起到转移“提供证据的责任”的作用。但是,初步证据推定不能做到这一点,它的稳定性十分脆弱,需要说服力推定来加强其地位。单纯的初步证据推定无法做到转移“提供证据的责任”。在本案的所有证据的说服力推定成立的情况下,原告基本上获得胜诉,除非被告方有关键性证据扭转这种局面。

(三) 初步证据推定和说服力推定的差别

从推定的性质来说,初步证据推定和说服力推定都属于推定的第三个层次。然而,这两种推定之间存在着明显的差别。首先是层次方面的差别。前者属于证据推定的表层,后者则处于证据推定的深层。其次是效力方面的差别。初步证据推定的效力是临时性的、不稳定的。相反,说服力推定具有较强的稳定性,不可以随便撤销,除非提出确实的反证。初步证据推定和说服力推定都属于事实上的推定范畴。再次是出现时间的不同。初步证据推定总是先于说服力推定。在诉讼过程中,当原告提出攻击性证据的情况下,首先会出现初步证据推定的问题,此推定一旦成立,即产生说服力推定问题。同样,在被告提出反驳性证据的情况下,也可能会先后出现这两种推定。

(四) 被告是否承担说服责任

笔者认为,在一般的民事案件中,被告是不承担说服责任的。对每一个案件来说,说服责任可分为两种:个别证据的说服责任和本案所有证据的关联的说服责任。不论是就个别证据还是就一个案件中的所有证据的关联,被告都不承担说服责任,而且也不应该承担这种责任。因为在一般的民事案件中,说服责任与举证责任具有密切的联系。原告如果不能成功地履行个别证据的说服责任,那么他所提出的这个证据就不能被法庭所采纳,从而就可能减少一份胜诉的筹码;如果这个证据是十分重要的,那么他可能最后败诉。如果他不能成功地履行本案所有证据的关联的说服责任,即等于说他未能履行法律所规定的由他来承担的举证责任,那么他就必然会遭到败诉的后果。

显然,要求被告承担说服责任是不恰当的。有人或许会说,当原告提出证据并进行说服后,被告在可能的情况下,必然要提出自己的证据予以反驳。这种反驳是否成功,必然包含着被告是否能够成功地履行自己的说服责任。这种观点不完全正确。笔者承认,被告为了维护

自己的利益,不会对原告的攻击坐视不顾,必然要寻找证据予以反击。在这种反击的过程中,他承担着提供证据的责任,但是他并不承担说服责任。当然在他的反驳中包含说服力因素,但是这并不意味着他承担着说服责任,这是一种说服的必要。也就是说,在法庭上,在法官面前,他有必要对自己所提出的证据进行解释和说明,指出它在本案中的价值,并以此来驳倒原告的证据。被告对法庭上的这种说服不承担任何责任。

说服必要与说服责任之间存在着明显的差异。当被告提供证据后,即便不进行说服,法官也未必不接受。但说服责任不同。如果原告在提供证据后不进行恰当的及时的说服,就意味着他未能履行自己在该证据上的说服责任,其结果,法官肯定不会采纳他所提供的证据。

然而,原告履行说服责任与被告进行必要的说服,两者可以达到同样的目的和结果:成立说服力推定。

(五) 说服力推定在原告与被告之间的差异

在诉讼实践中可能会遇到这样的问题,即在被告不承担说服责任的情况下,是否享有说服力推定。前面已经指出,从责任的角度而言,原告承担说服责任,而被告不承担这种责任。但是如果换一个角度,即从推定方面来看,原告对自己的诉讼攻击行为和被告对于自己的诉讼防御行为,都可能享有说服力推定。对于原告来说,他提出攻击性证据并进行有力的说服后,很可能成立说服力推定,这是一种事实上的推定,比较易于理解。但是就被告而言,他针对原告的证据进行了有力反驳,在这种情况下,也很可能成立说服力推定,即法庭可能接受他的反驳性意见。这种推定是被告的“说服必要”所导致的结果。

(六) 说服力推定能否导致举证责任转移

说服力推定成立后,不会导致举证责任的转移。为了说明这个问题,我们必须区分两种情况。首先,在原告个别证据的说服力推定成立的情况下,被告有必要给予反驳,这时被告要承担“提供证据的责任”,因此发生“提供证据的责任”由原告转移到被告的情形。反之,当被告个别证据的说服力推定成立之后,原告有必要再次采取行动,提出新的证据进行攻击,这时“提供证据的责任”又由被告转移到原告一方。其次,在本案中,当原告的所有证据的关联(这种证据具有如下特点:就数量而言,它包括全案的所有证据而不是部分证据;从品质来说,它是指对所有证据的综合性判断,而不是仅仅就有利于原告的证据所进行的判断;不仅考虑到了有利的方面,也考虑到了不利的方面)的说服力推定成立后,则原告胜诉。反之,当被告的所有证据的关联的说服力推定成立后,则被告胜诉。如果两个方面的说服力推定都成立,则造成事实真伪不明的状态,此时按举证责任分配法则,原告败诉。

五、结 论

第一,举证责任的一般原则是在推定的基础上产生或确定的,这与自然科学、特别是实验物理学的统计概率有密切关系。但是这个结论不能泛用。在每个具体案件中,在案件的性质及其举证责任确定之后,推定规则不可能对该案件的一般性举证责任的分担发生影响,更不可能导致这种举证责任分担的转移。

第二,“推定”包括事实上的推定和法律上的推定;且所有推定都可以进行反驳。不可反驳的推定其实并非真正的推定,而是一项具有强制性的用来规定举证责任的证据法则。例如,举证责任的一般原则和举证责任倒置法则就具有这种性质。不可反驳的推定只具有设定举证责

任的功能,而不具有转移举证责任的功能。可以反驳的推定则不具有设定举证责任的功能,也不具有转移举证责任的功能。

第三,任何推定都不能使既已分配的举证责任发生转移。但是,推定的效果之一是转移“提供证据的责任”,而不是转移举证责任或说服责任。“提供证据的责任”与举证责任或说服责任之间具有严格的区别。^{〔18〕}如果推定的效果是引起举证责任或说服责任的转移,将会造成如下的局面:第一,在民事诉讼中,将会造成与举证责任的确定性的冲突;第二,在刑事诉讼中,会导致与无罪推定的冲突。通常情况下,这两种冲突是绝对不允许发生的。一旦发生冲突,则在民事诉讼中必须优先保证举证责任的确定性;在刑事诉讼中,必须确保无罪推定原则的落实。不仅如此,这里还需要特别指出的是,法律上的推定一般不能适用于刑事诉讼。因为刑事诉讼中规定了无罪推定原则。如果再设其他推定,则很可能导致与无罪推定原则的冲突。因此,在刑事诉讼中要求采用严格证明方式,忌用推定。在刑事诉讼中可以适用“事实上的推定”,是因为“事实上的推定”的本质是推论,而推论这种方式在任何场合都是可以采用的,它符合审判人员可以基于逻辑判断事物的认识。不过,由于刑事诉讼的严格性,采用这种方式是需要十分谨慎的。

Abstract: The basic principle of burden of prove is fixed on the principle of presumption. But in every case, after its quality and its burden of prove of parties are confirmed, it is impossible that the burden of prove will be limited by the presumption, and also it is impossible that the burden of prove will be transferred from one party to another one.

〔18〕 前引〔13〕,叶自强文。