

# 认真对待刑事推定

劳东燕\*

---

**内容提要：**对我国刑事立法和司法中 44 个推定的实证分析表明，刑事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。对排除合理怀疑的证明标准不应作纯程序的解读，有必要将其与实体意义上的惩罚权相联系。对刑事推定的规制，本质上属于对国家刑罚权的限制，只有在满足相应的实体与程序条件时，才允许适用有利于控方的刑事推定。

**关键词：**刑事推定 无罪推定 实证分析 排除合理怀疑

---

在刑事领域，推定是一个横贯实体法与程序法的问题。在刑法日益成为风险控制工具的社会里，决策者正越来越多地在刑事立法与司法中使用推定。很显然，推定绝不只是单纯的与证明相关的技术性问题的，事实上，通过降低控方的证明负担或改变需要证明的犯罪构成要件要素，推定具有使控方的指控与定罪变得容易的功能。这意味着，刑事领域的推定实际上涉及国家权力与个体权利之间关系的处理，推定的背后上演的可能是国家权力悄然扩张的一幕。在推定适用不断扩张的今天，有必要认真对待刑事推定。

## 一、我国刑法中的推定事例之梳理

### （一）概念界定与问题说明

我国现行刑法典在条文表述中没有提及任何与推定相关的字眼，不过，这并不妨碍人们承认刑法中存在推定。在承认存在为数不少的推定的同时，国内学者在如何界定推定概念的问题上存在意见分歧，相应地，对哪些规定可归入推定范畴也有不同看法。大致说来，除认同持有型犯罪中的明知推定外，学者们对于某些具体的事例是否属于推定争议颇大。造成这种局面的主要原因在于，人们将推定混同于事实性推理或法律拟制，或者无视推定类型的多元性，对其效果做单一化的甚至错误的界定。本文力求对我国刑法中所存在的推定做较为全面系统的梳理。通过检索刑事立法、司法解释与相关的法理，总计归纳出 44 个推定事例。在梳理与分析这些推定事例之前，需要对所涉概念与相关问题作基本的交待。

第一，推定不同于事实性推理，单纯从客观行为推知主观意图的过程或个案中基于证据的具体

---

\* 清华大学法学院讲师。

本研究受清华大学文科振兴基金与清华大学法学院种子基金的资助。

推理不应被视为推定。<sup>[1]</sup>推定相异于推理之处在于：(1)推定的约束力来源于法律规则或规范性的法理；而推理的约束力来源于人类的思维逻辑与经验常识。在推定中，法律赋予基础事实一种额外的、超自然的力量，这种力量为基础事实本身所不具备，后者本来并不具有允许或要求裁判者认定待证事实的充分证明力。<sup>[2]</sup>(2)立法者或司法者借助类型化技术，将某些类型的基础事实与待证事实的联系通过推定的技术固定化，从而使推定具有一般意义上的强制约束力；推理则以具体的证据材料为基础，由于具体案件中证据情况千差万别，故推理的约束力往往仅及于个案。(3)推定本质上是法律问题，涉及法律上的风险分配；而推理是事实问题，属于裁判者自由心证的内容。

第二，推定应区别于法律拟制。<sup>[3]</sup>法律拟制是有意地将明知不同者，等同视之，其目标通常在于将针对某一构成要件事实(T1)所作的规定，适用于另一构成要件事实(T2)，从而赋予二者相同的法律后果。<sup>[4]</sup>它是一项实体法上的规则，其效果不容许被推翻。推定则主要涉及程序意义上的证明责任问题，大多是将提出证据的责任或说服责任转移到被告人身上，法律并未将基础事实与待证事实等同视之或赋予二者相同的法律效果。大多数推定是可推翻的，只有不可反驳的推定属于实体法上的规则。不过，即使是后者，也与拟制存在重要区别。不可反驳的推定是要求“把某个既定的要件事实视为已经被证明，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”；拟制则要求“把一个既定的要件事实视为存在，尽管事实上它不存在”。<sup>[5]</sup>换言之，拟制虚构的是T1与T2之间的相似性，而推定虚构的是待证事实在诉讼中的存在或者被证明。此外，尽管多数推定以基础事实与待证事实的概率联系为基础，但概率基础本身不足以区分推定与拟制。

第三，本文对推定的梳理涉及实然的描述，没有将推定局限于应然意义上的某一类型，而是将常见的四种推定类型都归入其中：(1)转移提出证据的责任的强制性推定；(2)转移说服责任的强制性推定；(3)允许裁判者将形成推定的基础事实视为待证事实存在的充分证据的允许性推定；(4)作为一项实体法规则的不可反驳的强制性推定。

强制性推定与允许性推定是从推定是否具有强制性约束力的角度所作的区分。允许性推定是指如果基础事实成立，则可以但并不是必须认定待证事实成立，它是可推翻的。强制性推定又可分为可反驳的强制性推定与不可反驳的强制性推定。可反驳的强制性推定意味着，只要基础事实得到证明，就必须认定待证事实成立，除非相对方能提出反驳证据。不可反驳的强制性推定则是指只要基础事实得到证明，则无论如何必须认定待证事实成立。

第四，除非为“两高”的司法解释所确认，有关事例如果只是对证据材料的证据力的司法经验的单纯表达，则排除在推定之外。当个体法官就有关可以、应该或者必须从所提交的证据材料中得出的推论表述自己的意见时，他并没有制定法律规则；但当一个被认为是永久性的法院（虽然其成员会发生变化）在行使其司法功能时，从对持续反复出现的证据材料的盖然性约束力的评价中获得经验时，关于这些可能、应该或必须从某些证据材料中得出的推论，就具有法律上的约束力，理应被视为推定。<sup>[6]</sup>因为据此，相关的司法经验不再涉及单纯的对事实的推理过程，而是对某些证据材料或基础事实的证据力的规范性表达。在普通法国家，各级上诉法院在判例中所表达的此类司法

[1] 将推定混同于事实性推理的论述，参见赵钢、刘海峰：《试论证据法上的推定》，《法律科学》1998年第1期；席建林：《试论推定证据规则》，《政治与法律》2002年第3期；邓子滨：《刑事法中的推定》，中国人民公安大学出版社2003年版；卞建林等：《刑事被告人的证明责任》，《云南大学学报》2002年第4期。

[2] See Francis Bohlen, *The Effect of Rebuttable Presumptions of Law upon the Burden of Proof*, 68 *University of Pennsylvania Law Review* (1920), pp. 312-313.

[3] 将推定与拟制相混的，参见龙宗智：《相对合理主义》，中国政法大学出版社1999年版，第471页；王学棉：《论推定的逻辑学基础》，《政法论坛》2004年第1期。

[4] Vgl. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin: Springer-Verlag, 1991, S. 262.

[5] [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77页。

[6] 前引[2]，Bohlen文，第310页。

经验可能都被归入推定的范畴。在我国，只有“两高”的司法解释具有法律约束力。单纯的司法经验只要并未为规范性法律文件所固定，就应将其排除在外。比如，司法实践中，当财物系由国家工作人员的配偶、情人收受时，通常认为国家工作人员对此具有明知，除非后者能提出证据予以否定。

第五，本文将持有型犯罪归入推定的范畴。持有型犯罪中对对象物的明知推定并未为立法条文或司法解释所确认，似乎也只涉及司法经验的单纯表达。本文将将其归入推定的范围，乃是基于持有型犯罪在责任类型上属于严格责任，而严格责任本质上是一种过错（/犯意）推定责任。严格责任分为两种：（1）绝对的严格责任。只要实施相应行为，无论被告人能否证明自己无过错，都要追究其刑事责任。与其说是无过错责任，不如说是不可反驳的过错推定责任。立法者在肯定处罚无辜者的危险远小于每个案件中要求证明犯意而给公众带来的危险之基础上，不容反驳地推定行为人具备犯意。（2）相对的严格责任。被告人一旦实施相应行为，立法即推定其具有犯意；被告方要推翻这种推定，则需证明自己已履行合理的注意义务。相对的严格责任是可反驳的过错推定责任，持有型犯罪便可归入此类。持有型犯罪的对象通常是与犯罪具有高概率联系的物品，如毒品、枪支弹药等。一旦从行为人的控制范围内发现相应的对象物，即推定行为人对之具有明知从而具备犯意，控方无需对此进行证明。倘若行为人要推翻关于犯意的推定，则必须举证证明其并不明知。正是基于持有型犯罪的过错推定的责任属性，本文才认定其并非司法经验的单纯表达。

（二）44 个具体推定

推定的类型具有多样性。根据不同的区分标准，可对刑事推定做不同的分类：（1）根据其是否具有强制性约束力，可将推定分为强制性推定与允许性推定。（2）根据其约束力的具体来源的不同，可将推定分为法定型推定与法理型推定。前者又可进一步分为立法型推定（或刑事制定法中的推定）与司法型推定（或司法解释中的推定）。（3）根据是否有利于被告人，可将推定分为有利于被告人的推定与不利于被告人的推定。（4）根据其效果上是否容许反驳或推翻，可将推定分为可反驳的推定与不可反驳的推定。（5）根据所涉犯罪构成要素的不同，可分为涉及主观要素的推定、涉及客观要素的推定与涉及主体（责任）要素的推定。此外，依据其约束力的规范是来源于总则性规范还是分则性规范或者原则性规范还是规则性规范，还可将推定分为总则性推定与分则性推定、原则性推定与规则性推定，等等。基于后两种分类只涉及刑法内部的规范配置，与本文的主旨关系不大，故未将其纳入分析范围。

以下列举的 44 个推定，系通过反复检索刑法典、刑事诉讼法典文本、司法解释与刑法基本理论所得，并根据约束力的具体来源的不同分三类列举。表 1 列举的是立法型推定；表 2 是对司法解释中的推定的归纳，称之为司法型推定；表 3 则涉及虽未为规范性文本所规定，但基于刑法法理而公认具有一般约束力的法理型推定。

表 1：立法型推定

法律依据	具体的推定	强制性/允许性	可反驳/不可反驳	有利/不利被告人	构成要素类型
刑法第 16 条关于不可抗力或意外事件的规定	造成客观损害结果的行为推定具有犯意	强制性	可反驳	不利	主观要素
刑法第 17 条有关刑事责任年龄的规定	(1) 不满 14 周岁推定为无责任能力	强制性	不可反驳	有利	主体要素
	(2) 已满 14 周岁未满 16 周岁推定为具有相对责任能力	强制性	不可反驳	有利	主体要素
	(3) 已满 18 周岁的人推定为具有完全责任能力	强制性	可反驳	不利	主体要素

刑法第 18 条关于精神病人与醉酒之人刑事责任能力的规定	(1) 精神正常的推定 (2) 对生理醉酒之人责任能力的推定	强制性 强制性	可反驳 不可反驳	不利 不利	主体要素 主体要素
刑法第 65、66 条关于一般累犯与特别累犯的规定	对累犯的人身危险性的推定	强制性	不可反驳	不利	主体要素
刑法第 23 条关于未遂的规定	着手实行犯罪后对法益构成危险的推定 (抽象危险犯)	强制性	不可反驳	不利	客观要素
刑法第 87 条关于追诉时效期限	已过追诉时效的犯罪人不再具有人身危险性的推定	强制性	不可反驳	有利	主体要素
刑法第 125 条非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪	对公共安全的危险推定 (抽象危险犯)	强制性	不可反驳	不利	客观要素
刑法第 126 条违规制造、销售枪支罪	对公共安全的危险推定 (抽象危险犯)	强制性	不可反驳	不利	客观要素
刑法第 127 条盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物罪	对公共安全的危险推定 (抽象危险犯)	强制性	不可反驳	不利	客观要素
刑法第 128 条第 1 款非法持有、私藏枪支、弹药罪	(1) 危害公共安全的危险推定 (抽象危险犯) (2) 对枪支、弹药的明知	强制性 强制性	不可反驳 可反驳	不利 不利	客观要素 主观要素
刑法第 144 条生产、销售有毒、有害食品罪	对公众健康形成危险的推定 (抽象危险犯)	强制性	不可反驳	不利	客观要素
刑法第 172 条持有、使用假币罪	对假币的明知推定	强制性	可反驳	不利	主观要素
刑法第 267 条第 2 款携带凶器抢夺依照抢劫罪定罪处罚的规定	(1) 抢夺时携带凶器具有等同于抢劫手段的危险性 (2) 所携带工具将用于非法目的 (即属于凶器) 的推定	强制性 强制性	不可反驳 可反驳	不利 不利	客观要素 客观要素
刑法第 277 条妨害公务罪	公务被依法执行的推定	强制性	可反驳	不利	主观要素
刑法第 282 条第 2 款非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪	对绝密、机密对象的明知推定	强制性	可反驳	不利	主观要素

认真对待刑事推定

刑法第 348 条非法持有毒品罪	对毒品的明知推定	强制性	可反驳	不利	主观要素
刑法第 352 条非法持有毒品原植物种子、幼苗罪	对毒品原植物的明知推定	强制性	可反驳	不利	主观要素
刑法第 394 条关于国家工作人员在公务活动中接受礼物依贪污罪定罪处罚的规定	从应交公而不交公推定具有非法占有的目的	强制性	可反驳	不利	主观要素
刑法第 395 条巨额财产来源不明罪	(1) 财产来源非法的推定 (2) 对财产及其非法性来源的明知推定	强制性 强制性	可反驳 可反驳	不利 不利	客观要素 主观要素
刑事诉讼法第 12 条	无罪推定	强制性	可反驳	有利	所有犯罪构成要素

表 2：司法型推定

法律依据	具体的推定	强制性/允许性	可反驳/不可反驳	有利/不利被告人	构成要素类型
1996 年最高法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》第二、三条有关经济合同诈骗与集资诈骗中非法占有目的的认定	(1) 对经济合同诈骗中非法占有目的的推定	强制性	可反驳	不利	主观要素
	(2) 对集资诈骗中非法占有目的的推定	强制性	可反驳	不利	主观要素
2001 年最高法院《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》认定七种情形具有非法占有的目的	非法占有目的的推定	允许性	可反驳	不利	主观要素
2002 年“两高”与海关总署《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》第 5 条关于认定走私主观故意的规定	对走私主观故意的明知推定	允许性	可反驳	不利	主观要素
1999 年“两高”与公安部《关于印发〈办理骗汇、逃汇犯罪案件联席会议纪要〉的通知》中有关对伪造、变造的凭证、商业单据的“明知”解释	对伪造、变造的凭证、商业单据的明知推定	强制性	可反驳	不利	主观要素
1998 年“两高”、公安部与国家工商总局《关于依法查处盗窃、抢劫机动车案件的规定》第 17 条关于“明知”的解释	对机动车系赃物的明知推定	允许性	可反驳	不利	主观要素

2001年最高检察院《关于构成嫖宿幼女罪主观上是否具备明知要件的解释》	对幼女的明知推定	允许性	可反驳	不利	主观要素
2003年最高法院《关于行为人不明知是不满14周岁的幼女，双方自愿发生性关系是否构成强奸罪的批复》	(1)对幼女的明知推定 (2)对幼女无承诺能力的推定〔7〕	允许性	可反驳 不可反驳	不利 不利	主观要素 客观要素
1998年最高法院《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》第6条关于携带挪用的公款潜逃的依照贪污罪定罪处罚的规定	从携带公款潜逃的行为中推定具有非法占有的目的	强制性	可反驳	不利	主观要素
2003年最高法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》第(八)条中有关挪用公款转化为贪污的认定的规定	从各类特定的行为中推定具有非法占有的目的	强制性	可反驳	不利	主观要素

表3：法理型推定

法理依据	具体的推定	强制性/允许性	可反驳/不可反驳	有利/不利被告人	构成要素类型
不知法不免责	知法的推定(或非法意识从对非法行为的实施中推定)	强制性	可反驳	不利	主观要素
行为理论	推定对自愿行为的一般结果持故意的心态	强制性	可反驳	不利	主观要素
疫学上的因果关系理论	行为对危害结果具有高度的盖然性时即推定成立因果关系	强制性	可反驳	不利	客观要素
构成要件理论	符合构成要件的行为推定为违法(即排除犯罪事由不存在的推定)	强制性	可反驳	不利	客观要素
认识错误理论	推定没有认识错误或者错误不具有合理性	强制性	可反驳	不利	主观要素
被害人承诺理论	损害被害人利益的行为推定为违反被害人的意志	强制性	可反驳	不利	客观要素
基于推定的承诺	推定被害人对损害存在承诺	强制性	不可反驳	有利	客观要素

〔7〕该解释的前半款认定幼女的自愿不阻却强奸罪成立，但后半款又将幼女的自愿视为阻却犯罪的因素之一，似乎存在矛盾。我国刑法第360条第2款的嫖宿幼女罪也存在类似问题，如果行为人明知对方是幼女而与之发生性关系，则由于幼女无承诺能力，理应按强奸罪而非嫖宿幼女罪来处罚。

## (三) 基本数据与分析结论〔8〕

表 4: 刑事推定的基本类型分布

推定类型	频数	百分比
立法型推定	26	59.1%
司法型推定	11	25.0%
法理型推定	7	15.9%
合计	44	100%
强制性推定	39	88.6%
允许性推定	5	11.4%
合计	44	100%
可反驳的推定	33	75.0%
不可反驳的推定	11	25.0%
合计	44	100%
有利于被告人的推定	5	11.4%
不利于被告人的推定	39	88.6%
合计	44	100%
涉及主观要素的推定	23	52.3%
涉及客观要素的推定	13	29.5%
涉及主体要素的推定	7	15.9%
涉及所有构成要素的推定	1	2.3%
合计	44	100%

根据表 4 可知, 刑事推定中, (1) 大部分推定 (59.1%) 存在于制定法之中; (2) 强制性推定属于推定中绝对主导的类型 (88.6%), 允许性推定在我国刑事法中相对罕见; (3) 推定经常是可反驳的 (75.0%), 不可反驳的推定并不多见; (4) 不利于被告人的推定占绝对多数 (88.6%), 有利的推定则属例外; (5) 涉及主观构成要素的刑事推定最为多见 (52.3%), 在比例上远高于涉及客观要素的推定 (29.5%) 或涉及主体要素的推定 (15.9%)。

除单一变量的分析之外, 对前述列举的 44 个推定, 还可运用双变量来进行分析。比如, 将是否有利于被告人与是否允许反驳两个变量相结合, 会出现四种新的推定类型, 即有利于被告人的可反驳推定、有利于被告人的不可反驳推定、不利于被告人的可反驳推定与不利于被告人的不可反驳推定。表 5 列举了引入双变量后推定的新的综合类型。7 对双变量依次为: (一) 是否有利于被告人+约束力的具体来源; (二) 是否允许反驳+约束力的具体来源; (三) 涉及何种犯罪构成要素+约束力的具体来源; (四) 是否有利于被告人+是否允许反驳; (五) 是否有利于被告人+是否具有强制性; (六) 是否有利于被告人+涉及何种犯罪构成要素; (七) 是否允许反驳+涉及何种犯罪构成要素。

〔8〕 此处的数据分析借鉴了白建军教授的分析思路, 参见白建军:《论刑法不典型》,《法学研究》2002 年第 6 期。

表5：刑事推定的综合类型分布

推定类型	频数	百分比
(一)		
有利于被告人的立法型推定	4	9.1%
有利于被告人的司法型推定	0	0
有利于被告人的法理型推定	1	2.3%
不利于被告人的立法型推定	22	50.0%
不利于被告人的司法型推定	11	25.0%
不利于被告人的法理型推定	6	13.6%
合计	44	100%
(二)		
可反驳的立法型推定	14	31.8%
可反驳的司法型推定	10	22.7%
可反驳的法理型推定	6	13.6%
不可反驳的立法型推定	12	27.3%
不可反驳的司法型推定	1	2.3%
不可反驳的法理型推定	1	2.3%
合计	44	100%
(三)		
涉及主观要素的立法型推定	9	20.45%
涉及主观要素的司法型推定	10	22.7%
涉及主观要素的法理型推定	3	6.8%
涉及客观要素的立法型推定	9	20.45%
涉及客观要素的司法型推定	1	2.3%
涉及客观要素的法理型推定	4	9.1%
涉及主体要素的立法型推定	7	15.9%
涉及主体要素的司法型推定	0	0
涉及主体要素的法理型推定	0	0
涉及所有构成要素的立法型推定	1	2.3%
合计	44	100%
(四)		
有利于被告人的可反驳推定	1	2.3%
有利于被告人的不可反驳推定	4	9.1%
不利于被告人的可反驳推定	29	65.9%
不利于被告人的不可反驳推定	10	22.7%
合计	44	100%



认真对待刑事推定

(五)		
有利于被告人的强制性推定	5	11.4%
有利于被告人的允许性推定	0	0
不利于被告人的强制性推定	34	77.2%
不利于被告人的允许性推定	5	11.4%
合计	44	100%
(六)		
有利于被告人的主观要素的推定	0	0
有利于被告人的客观要素的推定	1	2.3%
有利于被告人的主体要素的推定	3	6.8%
不利于被告人的主观要素的推定	22	50.0%
不利于被告人的客观要素的推定	13	29.5%
不利于被告人的主体要素的推定	4	9.1%
有利于被告人涉及所有构成要素的推定	1	2.3%
合计	44	100%
(七)		
可反驳的主观要素的推定	22	50.0%
可反驳的客观要素的推定	5	11.4%
可反驳的主体要素的推定	2	4.5%
不可反驳的主观要素的推定	0	0
不可反驳的客观要素的推定	9	20.4%
不可反驳的主体要素的推定	5	11.4%
可反驳的涉及所有构成要素的推定	1	2.3%
合计	44	100%

通过引入双变量的标准，每一种具体的推定在原有的单一分类基础上获得了新的属性和意义。从表 5 可知，(1) 无论在立法型推定、司法型推定还是法理型推定中，不利于被告人的推定均占绝对多数，司法型推定中甚至根本不存在有利于被告人的推定；(2) 不可反驳的推定基本上出现在制定法中，且多涉及抽象危险犯；(3) 立法型推定与法理型推定中对主观要素的推定与对客观要素的推定大体持平，而司法型推定则基本上都涉及主观要素 (10/11=90.9%)；(4) 不利于被告人的可反驳推定为推定中的主体类型 (65.9%)，有利于被告人的可反驳推定则极为罕见 (2.3%)；(5) 强制性推定普遍是不利于被告人的 (34/39=87.2%)，而允许性推定全部不利于被告人；(6) 涉及主观要素的推定全部不利于被告人，涉及客观要素的推定也只在极例外的情形下才有利于被告人；(7) 对主观要素的推定基本上都允许反驳，涉及客观要素的推定则大多不容许反驳 (9/14=64.3%)。

将三个或三个以上变量相结合，可以进一步发现，(1) 不利于被告人的允许性推定只出现在司法解释中；(2) 不利于被告人的不可反驳的推定通常为立法者所用，司法者并不创设这样的推定；(3) 刑法中最为典型的推定具有四个特点，即涉及主观要素、不利于被告人、允许反驳，且具有强制性；(4) 无罪推定在推定类型中显得极为特殊，它是刑事法中唯一有利于被告人的可反驳推定，也是唯一牵涉所有犯罪构成要素的推定，其内容也明显与其他类型的推定不同。无罪推定假定被告

控犯罪的所有构成要素事实都不存在,而其他推定则是由基础事实得出特定犯罪构成要素事实成立的结论。正是基于此,有学者指出,刑事审判中存在的并非无罪的推定,而是无罪的假定(assumption)。因为在控方对所指控犯罪的构成要素A、B、C负有说服责任时,法律设定非A、非B与非C,直到控方说服陪审团为止。<sup>[9]</sup>不少学者甚至认为,无罪推定错误地被冠以推定之名,它根本就不是一个推定,而只是控方具有排除合理怀疑地证明被指控人有罪之责任的规则的传统表达方式。<sup>[10]</sup>

## 二、分析结论的理论意涵

### (一) 推定是法律领域处理认知局限的特殊方法

刑事诉讼涉及对已然事实的事后证明。由于个案不可能完全复原,其间的事实不是本体论意义上的客观事实,而是带有主体的主观烙印的认识论意义上的事实。与一般的认识论事实不同,诉讼中的事实是一种裁断事实,其首要特征是利用意志来表达“事实”。裁断事实不允许无节制的怀疑和自由态度,其评价标准是一元而非多元的,限定了认识发展的边界。<sup>[11]</sup>推定是在承认认识之相对性的同时,由法律在认识的暧昧之处给予的提示,它是法律领域处理认知局限的特殊方法。推定的出场是为了弥补证明的不足,证据证明不可能完全连接实体与程序,其间的距离需要推定来缩短。<sup>[12]</sup>它往往涉及诉讼中对控方而言证明难度较大的事实。与犯罪的客观要素或责任要素所涉及的事实相比,主观要素涉及的事实更难证明。这便是涉及主观要素的推定远多于涉及客观要素或责任要素的推定的原因所在。正是由于推定与对认知局限的处理相关,其大多以基础事实与待证事实之间的概率可能性作为逻辑基础,即基础事实与待证事实之间通常存在经验层面的常态性联系。

### (二) 司法型推定往往是对司法经验的总结与表达

与立法型推定不同,司法型推定基本上局限于对主观构成要素的推定,尤其是故意犯中的明知要素与目的要素,它们表达的是最高法院对相关证据材料的证明力的意见。此类推定具有使故意要素客观化的效果,其脱胎于推理,是对司法经验的一种总结。倘若没有将之明确表达于司法解释之中,则其充其量只是从作为证据的已证事实中得出的推论,对各级法院与法官并无法律上的拘束力。现有的司法型推定同时包含强制性推定与允许性推定。具体推定在效果上的强制与否,取决于司法解释的发布者对基础事实作为推定结论之证据的证明力的评价。基础事实与推定结论之间的经验联系越密切,推定越可能被赋予强制性的效果。基于此,对司法型推定的有效性审查经常会转变成对一般的证据充分性的审查问题。

### (三) 不可反驳的推定作为一项实体法规则

不可反驳的推定(也称为结论性的推定)是一项实体法规则,它是推定中的边缘性类型。基于其与核心类型的推定存在的重要区别,有学者认为,它实际上并不是推定,因为它们并不是通过证明某一事实来对其他事实进行证明的工具;相反,它们属于法律规则,从此到彼地改变法律上有意义的事实。<sup>[13]</sup>比如,是否具有认知能力通常是法律上的重要事实,一旦设立14周岁以下的人不具有责任能力的推定,关键不在于行为人是否有责任能力,而是行为人是否不满14周岁。再如,行

[9] Harold Ashford & Michael Risinger, *Presumption, Assumptions and Due Process in Criminal Cases*, 79 *Yale Law Journal* (1969), p. 173.

[10] See Kenneth Broun (ed.), *McCormick on Evidence*, 6th Edition, St Paul: West Publishing, 2006, p. 584; Kadish & Schulhofer, *Criminal Law and Its Processes*, 7th edition, New York: Aspen Publishers, 2001, p. 51.

[11] 参见张成敏:《个案与逻辑认知》,《法学研究》2002年第4期。

[12] 前引[1],邓子滨书,第40页。

[13] David Leonard & Victor Gold, *Evidence*, New York: Aspen Publishers, 2004, p. 610.

为人的人身危险性本来是需要证明的量刑事实，在利用累犯制度对人身危险性进行推定后，只要是刑罚执行完毕或赦免后五年内再犯应判处有期徒刑以上刑罚之罪的，就不管行为人有无现实的人身危险性，相反的证据将不被听取。不难发现，通过直接改变构成要件要素的配置，不可反驳的推定影响的是证明主题的范围与内容而不是证明的方式。

正因为不可反驳的推定本质上属于实体法规则，所以不允许司法者创设这样的推定，尤其是不利于被告人的不可反驳的推定。明确这一点，有利于对某些有争议的司法型推定做出合理的解释。比如1998年最高法院《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》第6条规定，携带挪用的公款潜逃的，依照贪污罪定罪处罚。该解释涉及的推定，即从携带公款潜逃的行为中推定具有非法占有的目的，究竟解读为可反驳还是不可反驳，存在一定的疑义。从表述来看，它很像是一项实体法规则，即只要携带挪用的公款潜逃，不论被告人能否证明自己不具有非法占有的目的，都不影响贪污罪的成立。不过这样一来，贪污罪的构成要件会有实质性的改变，即本罪的构成要件将存在两种模式：（1）国家工作人员+占有公款+非法占为己有的目的；（2）国家工作人员+挪用公款+潜逃。对该规定做这样的解读，无疑将使司法者面临侵越立法权的指责。为使该规定保有基本的正当性，有必要将它解读为可反驳的推定，即认定它只是对司法经验的总结与表达。

#### （四）推定改变权力之间的配置

推定的特殊之处在于，其基础事实具有某种超逻辑的人为价值，这种人为力量通过证明责任的分担而获得，由法律规则或规范性的法理所直接赋予。这意味着，在推定中，基础事实本身不足以使待证事实的认定正当化或者不足以确立待证事实，也即缺乏通常被要求用来使待证事实的认定正当化或为待证事实的认定所要求的证据力，否则就根本无需借助于推定。推定所赋予的超逻辑的强制性约束力直接影响权力结构的配置。

1. 立法权与司法权之间。基础事实作为待证事实的证据的证明力如何，即证据是否充分，是否足以得出推定结论，本来属于司法自由裁量权的范围。借助于推定，立法者将证据充分性的判断权强行予以剥夺或限制。不可反驳的强制性推定使得基础事实与待证事实之间的联系为立法权所垄断。可反驳的强制性推定中，在被告人没有提出反驳证据或反驳证据不充分时，司法者必须遵从立法的指令认定待证事实成立。在允许性推定的情形下，立法的指示效果则是通过提升基础事实的影响力而修正裁判者的推理程序。此类推定尽管并无强制的拘束力，但它们在事实上使裁判者得出推定的指示所建议的结论变得更为可能。

2. 司法权内部。具体案件中的证明力问题本属个体法官的自由裁量范围，通过在司法解释中创设推定，最高法院对下级法院及其法官的此种权力予以控制。司法型推定要求或允许下级法院和法官将待证事实的存在视为理所当然，而后者据以建立的基础事实通常本不足以得出这样的结论。

除了影响法官确立证明标准是否达到的权力，在普通法国家推定还影响法官与陪审团之间的权力关系。普通法体系中，解决事实争议的权力由法官与陪审团分享。按照其职能分工，决定控辩双方是否就相关事实完成提出证据的责任或说服责任，属于法官的权力范围。一旦该责任被完成，相关事实是否存在的判断就会移交给陪审团处理。推定的存在，将使得法官无权以证据不足以支持推定事实为由，而不向陪审团送交案件或者指令后者做出确定的裁判。不难发现，将相关证明责任是否完成或证据是否足够交由陪审团判断，会干预法院对于陪审团的控制。<sup>[14]</sup>此外，法官是否或者如何在推定问题上指示陪审团，也影响到法官与陪审团之间的相应的决策权。<sup>[15]</sup>

#### （五）推定是贯彻公共政策或法律政策的重要工具

[14] 前引[9]，Ashford & Risinger文，第170页。

[15] Leslie Harris, *Constitutional Limits on Criminal Presumptions as an Expression of Changing Concepts of Fundamental Fairness*, 77 *The Journal of Criminal Law & Criminology* (1986), p.311.

一般说来, 设立推定的理由或根据无外乎以下四种: (1) 社会政策; (2) 获得证据能力的权衡; (3) 必要性, 有时被称为程序上的便宜或程序性便利; (4) 盖然性的权衡。<sup>[16]</sup> 不过, 就刑事推定而言, (2) 与 (4) 很难说是设立推定的根据, 充其量只能称之为前提, (3) 则难以独立成为推定的根据。刑事诉讼中, 在涉及自身行为或主观心理的问题上, 被告人比控方更容易获得证据, 具有更多的认知机会; 而且从概率上讲, 被指控犯罪的被告人大多数都是有罪的。如果仅考虑便利性, 岂不是应该将证明无罪的负担完全放在被告人身上? 这意味着, 一方当事人更有能力提出证据, 在刑事诉讼中并非分配说服责任时所考虑的因素, 提出证据的能力(说服能力)与提出证据的义务(说服责任)根本是两码事; 而单是程序上的便利也无法为抛弃或弱化服务于无罪推定原则(或排除合理怀疑的规则)的价值提供足够的理由。

实际上, 当本身并不具有允许或要求裁判者认定待证事实的充分证明力的基础事实通过推定被赋予额外力量时, 这样的推定往往是基于某种政策需要被创设, 以满足立法者或司法者所感觉到的某些需要或达成一些其认为可欲的目的。这些需要与目的分为两类: (1) 放松严格证明的必要性, 该严格证明在理论上被要求用来使推论的得出或特定事实的认定正当化。(2) 确立特定权利与义务的欲望, 仿佛特定的事实存在。<sup>[17]</sup> 试以立法型推定为例。涉及公共危险的推定与持有型犯罪中的明知推定, 无疑与有效打击具有公共危险性的犯罪的政策需要相关; 而对不满 14 周岁的主体无责任能力与已满 14 周岁未满 16 周岁的主体只具有相对责任能力的推定, 则体现了保护未成年人的公共政策。

既然推定是贯彻公共政策或法律政策的重要制度技术, 对推定之法律效果的界定或许就不能太过弱化, 否则相应的政策意志就会落空。这也是泰耶(Thayer)的“气泡爆裂论”遭摩根(Morgan)批评的原因所在。根据泰耶的理论, 只要推定的不利方提出能够合理地发现推定事实不存在的任何证据, 推定就不产生效果, 而一旦推定被推翻, 则待证事实存在与否, 将在仿佛不存在推定的情况下被决定。换言之, 推定只是指出没有提出足以使推定事实不存在的认定正当化的证据的风险, 其效果也仅止于此。<sup>[18]</sup> 对此, 摩根批评道: “声称引起法院或立法机关在确立具有逻辑意义的基础事实的基础之上创设推定的价值考虑, 能够通过只是引入对法官或陪审团没有说服力或其根本不相信的证据而完全被摧毁, 这看来是荒谬的。”因而, 他认为, 推定应该“具有足够的生命力, 从事实裁判者认为没有价值或价值甚微的相反证据的引入中存活下来。”<sup>[19]</sup> 尽管摩根所持的推定必定转移说服责任的观点, 未必令人赞同, 但他对泰耶规则的批评无疑正中后者的软肋, 这也是为什么摩根规则最终能与之抗衡, 而成为推定问题上影响最为深远的两大观点之一。

此外, 由于不同的推定背后存在影响力不同的政策理由, 这些政策理由与相关的实体性考虑紧密相联, 对为特定推定所追求的程序性结果具有重大影响。政策考虑的多样性使得不同的推定往往被认为会产生不同的程序性结果, 从而难以对推定适用单一的规则。

### 三、刑事推定与无罪推定原则

推定一般依据以下方式运作: 只要存在基础事实, 就必须或者可以直接推定待证事实成立。据此, 在存在推定的场合, 控方必须首先对基础事实进行证明; 在此基础上, 被告方才需要提出证据来反驳推定。控方对基础事实的证明责任不容许转移。如果控方无法排除合理怀疑地证明基础事

[16] Charles Laughlin, *In Support of the Thayer Theory of Presumptions*, 52 Michigan Law Review (1953), p. 219.

[17] 前引 [2], Bohlen 文, 第 313 页。

[18] See Edmand Morgan, *Instructing the Jury upon Presumptions and Burden of Proof*, 47 Harvard Law Review (1933), p. 60.

[19] Younger, Goldsmith & Sonenshein, *Principles of Evidence*, 3rd edition, Cincinnati: Anderson Publishing, 1997, p. 886.

实，则根本无从得出推定，被告方自然也无需进行反驳。推定的特殊之处在于基础事实被赋予超逻辑的额外力量；倘若法律不赋予其此种力量，推定便失去存在的意义。问题恰恰就出在这种特殊的力量之上，它与无罪推定的要求形成内在的对立。

无罪推定原则要求控方排除合理怀疑地（或者证据确实充分地）证明所指控犯罪的每一个构成要素。这一要求包含两项核心内容：一是排除合理怀疑的证明标准，二是证明内容包括所有的犯罪构成要素。排除合理怀疑的标准代表着对宁纵毋枉的价值的偏好，同时表明存疑的风险由控方承担。具体而言，它意味着承认：（1）冤枉无辜的错误成本比放纵有罪的错误成本更大。否则，就可能采纳优势证据的证明标准，而不是排除合理怀疑的证明要求。（2）没有规则能够在提升正确定罪之概率的同时不增加冤枉无辜的风险。为共同体的利益计，需要加强威慑与特殊预防；促进威慑与特殊预防必然要求增加定罪率，但同时也会使无罪之人被定罪的风险升高。（3）尽可能降低冤枉无辜的概率，而容忍放纵有罪的风险升高。可以说，对具体个人施加刑事制裁的正当根据<sup>[20]</sup>的关注，是在说服责任上采取有利于被告人立场的实体原因所在。正是基于此，弗莱彻（Fletcher）强调可谴责性要件（即责任主义）在说服责任分配问题上的重大影响。<sup>[21]</sup>

对44个具体推定的分析表明，不利于被告人的推定占绝大多数（88.6%）。这些推定的影响可归纳为三方面：（1）降低控方的证明程度。如果推定转移的是说服责任，则被告方需要以优势证据说服裁判者相信待证事实不存在，在此，对控方的证明要求实际上已从排除合理怀疑降低至优势证据。如果推定转移的是提出证据的责任，则通过允许在留有合理怀疑的证据的基础上做出有罪判决，它威胁的是同样证明程度的要求。（2）降低证据的充分性要求。通过允许裁判者将不足以得出推定结论的基础事实视为待证事实存在的充分证据，允许性推定改变的是证据的充分性要求。（3）改变证明的内容。在可反驳的推定中，控方的证明对象不再限于待证事实，而是既可选择直接对待证事实进行证明，也可选择通过证明基础事实而推定得出待证事实；同时，待证事实不存在成为被告方的证明内容。在不可反驳的推定中，相关的犯罪构成要素则径直从控方的证明内容中消失。

比照无罪推定原则的核心内容，不难发现，推定至少在四点上与前者形成冲突：一是使控方的排除合理怀疑的证明要求得以放松；二是相关构成要素的存疑风险改由被告人承担；三是被告人需要在推定涉及的构成要素上自证无辜；四是控方的证明内容有所改变。既然推定改变的是无罪推定原则的核心内容，随之而来的问题是：应当如何处理二者之间的关系？

#### （一）排除合理怀疑的规则与例外

刑事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，因而，人们便很难无视其与排除合理怀疑规则之间的矛盾。解决这一矛盾有三种模式：一是将不利于被告人的推定全部赶出刑法领域；二是改造推定的内容，设法使其满足排除合理怀疑的标准；三是承认推定构成排除合理怀疑规则的例外。

前两种立场都要求承认排除合理怀疑规则的绝对效力，反对任何形式的偏离。第一种立场过于绝对，推定既然是贯彻政策意志的重要工具，立法者或司法者便很难废弃不用。第二种模式面临的难题是，如何才能使推定本身满足排除合理怀疑的标准？如果能够在保留推定的前提下又符合排除合理怀疑规则的要求，自然不失为两全其美的选择。问题在于，推定的特殊之处便在于基础事实具有超逻辑的力量，这种力量一旦失去，也就无所谓推定了。正如美国学者所言，僵化地在程序上反对任何对排除合理怀疑标准的偏离，将至少要求推定事实能排除合理怀疑地从基础事实中得出；这种表达形式将保留“推定”的名称，但实际上通过要求此种确定性的推理而剥夺了该程序性工具的

[20] 所谓刑罚的正当根据包含两个层面的内容：一是一般意义上的正当根据，通常从报应或预防（/威慑）的角度展开；二是对具体个人施加惩罚的正当根据，即要求行为人具有可谴责性。

[21] See George Fletcher, *Two Kinds of Rules*, 77 *Yale Law Journal* (1968).

实际意义。<sup>[22]</sup>

第三种模式是相对合理的选择。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。不过,这种模式必须设定一个前提,即不允许例外颠覆规则所服务的价值。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,则无罪推定的原则将完全被架空。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。

#### (二) 控方的证明内容与立法权的范围

无罪推定要求控方排除合理怀疑地证明犯罪的每一个构成要素,却并没有表明这些构成要素必须是什么,即没有表明立法者在界定犯罪时对犯罪构成要素的选择是否应受限制以及应当受到怎样的限制。国家是否可以自由选择与刑事责任相关的要素,自由选择通过推定降低控方对某一或某些犯罪构成要素的证明负担呢?这无疑值得深究。如果对无罪推定作纯形式的界定,也就是让排除合理怀疑的规则与实体法内容相脱离,则立法者完全可以通过减少需要证明的犯罪构成要素(或者将相关构成要素的不存在构建为抗辩事由)而规避无罪推定原则的适用。从理论上讲,如果立法者能够从根本上取消某一犯罪构成要素,则其当然可以就该构成要素设立推定,这便是霍姆斯提出的“较大权力包含较小权力”规则。比如,X罪的成立本来包括A、B、C与D四个要素,如果认为国家有权从X罪的犯罪构成要件中任意取消要素D,则其自然有权通过推定而将D存在与否的提出证据的责任或者说说服责任转移到被告人身上。

这意味着,尽管排除合理怀疑标准本身是一个被设计用来保护无辜者的概念,然而,它的宁纵毋枉的价值偏好却不可能通过对证明责任的纯形式关注而得到贯彻,也即对该标准的纯程序解读无法实质性地降低冤枉无辜的风险。这是因为,“无辜”并非程序性概念,它在法律上的意义来源于立法机构对犯罪定义权的行使。正如吉弗里斯(Jeffries)与斯蒂芬(Stephen)所言,有罪与无辜是实体法上的概念,其内容依赖于对责任具有决定性影响的事实要素的选择。如果这种选择归属于不受限制的立法的自由裁量权,则任何宪法上的程序规则都不可能限制潜在的非正义。是故,在他们看来,使无辜者被定罪的风险最小化的宪法政策,必须在什么可以构成有罪的宪法观念中予以建立。换言之,对排除合理怀疑的证明的宪法性保障应该部分地建立在什么必须被证明的宪法性观念之上。否则,尽管“有罪”必须确定地加以证明,但立法机构却能够随心所欲地定义“有罪”,个体自由的保障势必成为一句空话。<sup>[23]</sup>

由此可见,无罪推定的意义不仅在于国家应当以排除合理怀疑的确定性来进行证明,而且还在于其所证明的内容必须构成宪法层面的惩罚的公正基础。也就是说,立法者在界定犯罪时,对犯罪构成要素的选择应当受到相应的限制。不允许立法者任意地拿出关键性要素将之改换为推定,从而将实质性的证明负担转移到被告人身上。比如,不允许制定法创设这样的规范:导致他人死亡的行为应推定为故意杀人,除非被告方能够证明自己出于过失,方按过失致人死亡定罪。此推定缺乏正当性,原因就在于本来必须由控方承担的故意的证明责任实际上改由被告人承担了。

## 四、刑事推定的适用规制

推定的广泛适用已成为当代刑法的突出特征之一。有学者认为,刑事推定出现的原因在于人类的心理活动日趋复杂,而反映这种心理活动的行为情状变化多端,无法再单纯使用故意和过失来概

[22] John Jeffries & Paul Stephen III, *Defenses, Presumptions and Burden of Proof in the Criminal Law*, 88 *The Yale Law Journal* (1979), p. 1388.

[23] 同上文,第1327页,第1347页。

括人的罪过的丰富内涵。<sup>[24]</sup>言下之意是将推定视为克服语言局限的立法技术，认为推定责任构成与故意、过失相并列的独立的罪过形式。这种观点无疑值得商榷。且不说推定的适用实际上并不局限于主观要素；即使是此类推定，罪过形式也不会因推定的适用而有所改变。明知的推定并没有改变持有型犯罪的故意犯性质，诈骗类犯罪也不会因为司法者在非法占有目的的认定上适用推定而不再属于故意犯的范畴。对主观要素进行推定的犯罪往往是典型的故意犯。这意味着，推定并没有构建独立的罪过形式，它只是认定罪过的特殊方式。人们通过推定来解决故意的认定问题，促使主观罪过客观化，从而降低认定罪过的难度。这种主观罪过客观化的趋势有着复杂的背景，它与刑法功能的基本转型有关。

在风险成为现代社会的基本特征后，刑法逐渐蜕变成一项规制性的管理事务。作为风险控制机制中的组成部分，刑法不再为报应与谴责而惩罚，而主要是为控制风险而进行威慑；威慑成为施加刑事制裁的首要理由。也正是威慑促成行为主义进路对现代刑法的掌控，最终使精神状态在刑法中的作用日渐减少。<sup>[25]</sup>正是在规制型的刑法框架中，推定成为被倚重的技艺，它们不断地基于政策需要被创设，服务于刑法体系从惩罚向威慑的转型。

刑事推定并非刑法中的常规现象，而是排除合理怀疑规则的例外，就此而言，它也可归入“刑法不典型”的范畴。白建军教授指出，刑法不典型的本质是犯罪定义制定者主体性的突显和扩张，对刑法不典型的治理，说到底是对犯罪定义制定过程中主体性的治理，也即对主体性的突显和扩张加以控制，存其理性化程度较高的主体性张扬，去其非理性的张扬。<sup>[26]</sup>无疑，无论是将刑事推定解读为例外还是不典型，人们都面临如何使这种例外不致颠覆规则或者使不典型不致太过远离典型的问题。

对刑事推定的适用规制，本质上属于刑罚权的限制问题。在美国，通常利用第5修正案的由陪审团审判的权利与第4或14修正案的正当程序条款来达到规制刑事推定的目的。在中国应该如何实现对推定的规制呢？

如前所述，推定的适用牵涉立法权的正当范围问题，因而，对推定的规制必然涉及对立法权的实体性限制。在刑法体系日益关注风险控制的今天，面对犯罪定义形式化（即犯罪就是立法者认为构成犯罪的东西）的发展趋势，对立法者的犯罪定义权进行实体限制的需要也相应加强。这是因为，在犯罪定义中发挥作用的绝不仅仅是被定义的行为与现象本身，还包括定义者自身的主体性。在很大程度上，宣称“犯罪定义并非犯罪行为本身固有属性的翻版，而是定义犯罪的主体赋予某些行为以犯罪的意义和属性的结果”的断言，是成立的。它提醒我们，必须注意犯罪定义中的主体性维度，因为犯罪定义完全有可能成为犯罪定义主体滥用规范优势的工具。<sup>[27]</sup>

国家需要以排除合理怀疑的标准加以证明的内容，应当包含构成惩罚之正当基础的全部因素，而并非名义上被立法者称之为犯罪构成要素的因素。换言之，控方的证明内容是否满足惩罚之正当基础的判断，取决于相关因素对于构建行为人的罪责是否关键，而并不取决于立法者是将之标示为犯罪构成要素还是抗辩事由。至于哪些要素属于构建罪责的关键因素，则有必要借助刑事责任的基本原则来进行判断。霍尔（Hall）曾经归纳了七项基本原则，即犯意原则、犯罪行为原则、犯意与行为同时发生原则、危害原则、危害结果与行为间的因果关系原则、罪法定原则与惩罚原则。<sup>[28]</sup>由此判断，构建罪责的关键因素至少应包括：行为、犯意、危害、危害与行为之间的因果关系。

就具体的刑事推定而言，人们首先需要判断，（1）该推定的效果究竟有利于被告人还是不利于

[24] 参见李恩慈：《刑法中的推定责任制度》，《法学研究》2004年第4期。

[25] 参见波斯纳：《法理学问题》，苏力译，法律出版社2002年版，第210页。

[26] 前引[8]，白建军文。

[27] 参见白建军：《关系犯罪学》，中国人民大学出版社2005年版，第284页以下，第444页。

[28] See Jerome Hall, *General Principles of Criminal Law*, 2nd Edition, Indianapolis: Bobbes - Merrill, 1960, p. 18.

被告人。如果推定的效果对被告人有利，自然与无罪推定原则不相违背，也谈不上规制的问题。如果其效果不利于被告人，则第二步便是要确定，(2) 该推定影响的是否为构成惩罚之正当基础所必需的犯罪构成要件事实。因为只有当推定与为构成惩罚之正当基础所必需的构成要件事实相关联时，施加排除合理怀疑的证明标准才有意义。反之，倘若推定影响的事实与构建罪责的关键因素无关，而属于立法者有权取消的要素，则当然允许向被告人转移说服责任或者赋予推定以不可反驳的效果。比如，“为他人谋取利益”并非构建受贿罪之罪责的关键因素，将之去除并不影响其惩罚之正当基础；立法者既有权直接取消，当然也有权选择通过推定来认定相关事实（倘若立法者这样选择的话）。分析的第三步是，(3) 如果推定所影响的构成事实属于国家无权从所涉犯罪的定义中取消的要素，则判断其是否等同于对证据的合理评述。<sup>[29]</sup> 这一步尤其适用于司法型推定，目的是确保裁判者的结论不建立在降低控方证明责任的不当评述的基础之上。因为只有当推定能够促使裁判者得出更为理性、准确的结论时，司法者对于证明责任的操纵才是被容许的。不过，此类推定既然只是对证据的评述，自然不应当具有不可推翻的效力，并且最好是被设定为允许性的而非强制性的。简言之，司法者无权设立不可反驳的强制性推定。因为此类推定会改变既有的犯罪构成要素的配置，而这无疑是立法者的专有权力。倘若允许司法者通过运用推定去随意改变立法确定的犯罪构成要素（不管该要素是否属于构建罪责的关键因素），则所谓的罪刑法定完全可能被架空。这也是对司法型推定的规制不同于对立法型推定的规制之处。前述表2中列举的司法型推定基本上都属于对证据的评述，体现的是最高法院对证据评价的司法经验的总结，有利于法官断案时做出合理的裁判。从此种意义上而言，这些推定的存在具有合理性。存在的问题则是，不少推定被赋予强制性的效果，个别推定甚至容易让人误以为是不可反驳的推定。当然，这不排除是由于司法解释的发布者用语不规范（比如不加区别地运用“可以”与“应当”）所致，果真如此，至少也警示解释者注意用语上的严谨。分析的第四步是，(4) 如果推定与对证据的合理评述无关，则应当根据正当程序观念，来审查该推定是否满足相应的程序标准。

(A) 合理联系的限制。要求基础事实与待证事实之间存在合理的联系，即从对基础事实的证明中得出推定事实存在的结论具有逻辑与经验的基础，而非出于任意的推理。与涉及立法者有权取消的构成要素的推定相比，在涉及为构建罪责所必需的构成要素的推定中，基础事实与待证事实之间应当具有更为强大的合理联系，而不只是相对更为可能。换言之，基础事实与待证事实之间的逻辑联系所要求的强度，应该根据仅基于对基础事实的证明（如果立法这么选择）就能正当施加惩罚之立法权的不同而有所不同。

(B) 推定效果的限定。鉴于转移说服责任的不利程度高于转移提出证据责任的不利程度，在涉及为构建罪责所必需的构成要素的推定中，应当只允许转移提出证据的责任，并且容许被告人反驳。此外，还必需权衡无辜被告人成功出罪的可能性。如果无辜被告人提起反驳证据的难度很高，那么，即使基础事实与待证事实之间存在强大的合理联系，该推定的正当性也值得质疑。需要注意的是，反驳证据必须达到足以引起理性人产生合理怀疑的程度时才能推翻推定，并且推翻的也只是推定本身。推定被推翻后，待证事实的存在与否成为裁判者权力范围内的决定事项。裁判者并不能径直就相关事实做出有利于原推定不利方的认定，而尚需权衡反驳证据的证明力；只有其份量足以推翻基础事实与待证事实之间的盖然性联系，才能做出待证事实不存在的认定。

(C) 相对便利的权衡。有利于控方的推定一般限于控方承担证明责任成本太大或者举证遭遇困难的情形，即基于控方不易获得证据或相关证据属被告人的个人认识范围等因素而设立推定。相对便利标准应该被视为决定是否对推定的依赖正当化的合适的国家利益的最低限度，<sup>[30]</sup>

[29] See Ronald Allen, *Structuring Jury Decision - making in Criminal Cases*, 94 *Harvard Law Review* (1980), p. 341.

[30] 前引[9], Ashford & Risinger文, 第180页。



它本身不足以成为分配证明责任的独立标准。与前两个标准相比，它应当是附属性的。

(D) 适用范围的限制。适用范围的限制包括对推定的对象适用范围的限制与犯罪类型的限制。刑事推定的适用对象一般应限于主观构成要素；在犯罪类型上则限于对公共利益具有重大危险的犯罪，因为非如此不足以超越排除合理怀疑规则所保护的利益的重要性。

值得指出的是，尽管对推定的规制可同时从实体与程序两个维度展开，但二者之中更可倚重的是程序的标准。首先，实体性的刑事责任基本原则对推定的规制仅具有有限的作用，在很多场合缺乏可操作性。人们经常难以依据这些标准来判断，将某一要素从某罪的构成要件中去除，立法者是否已逾越实体性的正当权限。其次，现代生活的复杂性要求赋予国家的政治机构以广泛的权力，以便让其做出明智的政策选择。这也是为什么各法治国家的违宪审查机制往往强调对刑事程序的规制而很少干预实体内容的原因所在。第三，有关实体法的合理范围的争议往往可以通过程序性的妥协来解决。比如，在法律错误中，是否允许对官方解释的合理信赖构成抗辩事由，可以通过转移证明责任（即让被告人承担证明责任）来解决，使之易于为反对者所接受。

论述至此，有必要归纳得出的几个结论，相信这对厘清刑事推定的规制问题大有裨益。

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规则的例外。

结论 2：对刑事推定的规制必须同时考虑实体和程度两个维度，程序标准的易于操作使其比实体标准更可倚重。

结论 3：对具体推定的规制应当根据立法的有效惩罚权的不同而有所不同，具体体现在基础事实与待证事实之间的联系强度与转移说服责任还是提出证据的责任两个方面。

结论 4：对司法型推定的规制与对立法型推定的规制不能适用完全相同的标准，不允许司法者设立不可反驳的刑事推定。

---

**Abstract:** The empirical analysis of 44 criminal presumptions in our criminal law indicates that they relax the proving requirement to the prosecution and shift the risk of doubt to defendants, deviating from the proof standard of beyond a reasonable doubt and directly threatening the values and interests protected by the principle of presumption of innocence. The proof standard of beyond a reasonable doubt should not be explained from a pure procedural perspective. It is necessary to connect it with the state power of criminal sanction in the substantial sense. The regulation of the criminal presumptions is essentially a restriction to the state power of criminal sanction. Only when all the related substantial and procedural standards are satisfied, can the criminal presumption in favor of the prosecution be applied.

**Keywords:** criminal presumption, presumption of innocence, empirical analysis, beyond a reasonable doubt

---