



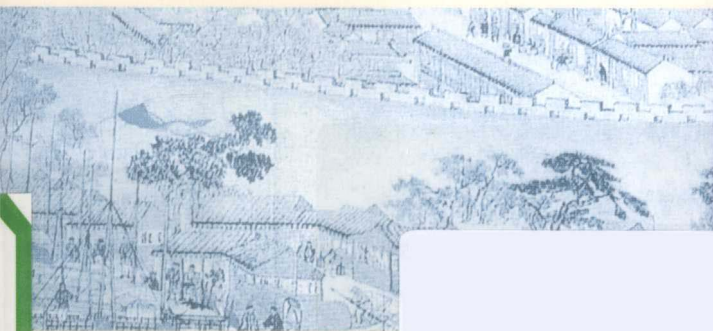
中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

“十一五”国家重点图书

民法推定性规范研究

王立争 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

本书是国家哲学社会科学基金项目(08BFX070)

“民事实体法和程序法的制度衔接与规则协调”的成果形式之一

民法推定性规范研究

王立争 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民法推定性规范研究 / 王立争著. —北京:法律出版社, 2012. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4396 - 8

I. ①民… II. ①王… III. ①民法—研究—中国
IV. ①D923. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 298158 号

中国民商法
专题研究丛书

民法推定性规范研究

王立争 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10 字数 255 千

版本 2013 年 2 月第 1 版

印次 2013 年 2 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4396 - 8

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《中国民商法专题研究丛书》总序

我于 1988 年起担任中国社会科学院法学研究所民法研究室主任,开始考虑学术发展和人才培养问题。时值 20 世纪 90 年代初,中国内地遭遇学术著作出版难,尤其未成名的年轻学者的学术著作出版更难。遂仿照王泽鉴先生担任台湾大学法律学系主任时编辑出版《台大法学丛书》的办法,编辑出版《中国民商法专题研究丛书》。预计用二十年时间,出版 100 部民商法专题研究著作。

其编辑宗旨是,从中国改革开放和发展现代化的市场经济的实际出发,广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说,深入研究民商法的基本理论和实践中的重大法律问题,为中国民商事立法的现代化和民商事审判实务的科学化提供科学的法理基础,提升民商法理论水平,推出民商法理论研究人才,使中国民商法理论研究尽快赶上发达国家和地区的水平。

著作之入选丛书,不论作者职称、地位、亲疏,以学术性为唯一考量。不约稿、不组稿、不需推荐,

概由作者自荐。欢迎自荐博士学位论文。丛书虽以“民商法专题研究”为名,其入选著作并不以民商法学为限。涵盖民法、商法、民事诉讼法、仲裁法、经济法、环境法、国际私法、国际经济法、民商事国际公约惯例等领域,而与广义之“私法学”概念相若。

自1994年推出第一部著作始,迄今已有十余年了,已出版著作50部。出版社方面注意到本套丛书在国内外已产生良好影响和社会效益,决定自第51部著作始,重新设计、增大开本、改变装帧,更加精编精印。特补述丛书编辑缘起及宗旨,作为总序。

梁慧星

于北京城南清芷园

2005年12月8日

序

王立争的博士论文修订后即将在法律出版社出版,请我作序。作为导师,为弟子的优秀作品作序,我觉得义不容辞,故欣然应允。

早在王立争于2002年至2005年在山东大学读硕士时,我即与其有师生之谊和项目合作,并对其做学问的素质和潜力大为推崇。在我于2009年招收北京航空航天大学的首届“法律科学与管理”方向的博士时,王立争希望跟随我攻读博士学位,并以优异的成绩如愿。甫一入学,我就让他着手博士论文的选题,并提供了我主持的国家社科基金项目“民事实体法和程序法的制度衔接与规则协调”等项目的论证材料,供其参考。一年后,他提出了“民法推定性规范研究”的选题,这一选题的角度和初步内容在开题答辩时得到了我及其他导师的高度好评。之后,他在我的指导下撰写完成了博士学位论文,在论文预答辩、校外专家评审、正式答辩等环节均获得了好评,并最终收获了“优秀”的成绩。答辩之后,又经过半年多时间修改之后,现在付梓出

版。我对此十分高兴!

该书在选题上十分新颖。有关法律上的推定问题的研究,学界虽已有相关著述出版、发表,但以刑法学界和诉讼法学界的研究为多;最近几年,民法学界有关民法规范问题的研究也较为引人关注,不过,在研究内容上主要侧重于强行性规范,有关其他的民法规范形态,仅有零星的论文发表,缺少系统的论述。以民事实体法中的推定性规范为研究选题的专著,国内尚未得见。该书从民法总则,到物权法、合同法、侵权责任法、婚姻继承法等民法诸领域散见的推定问题的规定入手,从理论上对民法推定性规范进行了系统性研究,这无疑为一种具有创新性的研究,既有推新的理论价值,也有重要的实践意义。

在研究内容上,该书主要阐述了民法推定性规范的内涵、逻辑结构、基本属性、理论基础、与相关范畴的关系、类型与创制,并选择了若干重要的事实推定规范和权利推定规范进行了专题式的研究。其中,有关推定性规范属于不完整规范、具有独特的程序效应、建立在认识论与价值论的双重理论基础、创制时的三要素选择、善意推定与动机及恶意推定的逻辑关系等问题的论述,颇有新意,提出的观点也颇有启发性。

本书虽以民事实体法上的推定性规范为主要界域,但由于此类规范独特的程序功能,写作时就必须注意实体与程序交叉的研究方法。本书注重运用这一研究方法,不仅专门论证了推定性规范“实体与程序之间的构造”这一基本属性,而且在阐述其价值论基础、与拟制性规范的关系、反驳要素的创制等诸多问题时,也特别注意从程序法角度予以阐述。实体与程序的双重视角,实际上是对传统推定性问题研究方法的突破,在方法论上有重要的参考价值。

我很欣赏该书在民法规范领域的开拓性研究。但既然是开拓性研究,就不免存有不足之处,如对推定性规范的国外考察与借鉴阐述的不够深入、对意思表示推定着墨较少、对权利推定的领域还有待挖掘等,这些都有待今后进一步完善。此外,我还希望王立争就书稿中提到的其他

所谓不完整规范(如拟制性规范等)深入研究下去,进一步拓展民法规范论的研究领域,取得更大成就。

刘保玉

2013年1月22日于北京清林苑寓所

目 录

第一章 民法推定性规范概说 / 1

第一节 民法推定性规范的意旨 / 1

一、推定的学说考察 / 1

二、推定学说的评价 / 4

三、民法推定性规范的界定 / 8

第二节 民法推定性规范的逻辑结构 / 10

一、法律规范逻辑结构的学说考察 / 10

二、法律规范逻辑结构学说的评价 / 12

三、民法推定性规范的独特逻辑结构 / 17

第三节 民法推定性规范的基本属性:实体与 程序之间的构造 / 24

一、民法推定性规范的一般程序功能 / 24

二、民法推定性规范的特别程序效应 / 27

三、民法推定性规范的程序反驳方法 / 31

第四节 民法推定性规范的比较法考察 / 35

一、民法推定性规范的罗马法起源 / 35

二、大陆法系民法中的推定性规范 / 38

三、英美法系民法中的推定性规范 / 40

四、我国现行民法中的推定性规范 / 46

第二章 民法推定性规范的理论基础 / 54

第一节 民法推定性规范的认识论基础 / 55

一、从客观真实到法律真实 / 55

二、从经验法则到法律规范 / 59

第二节 民法推定性规范的价值论基础 / 73

一、约简司法成本 / 74

二、克服法官恣意 / 79

三、彰显程序公正 / 84

四、映照法律政策 / 86

第三节 小结:推定性规范——认识论与 价值论之双重考量 / 90

第三章 民法推定性规范与相关范畴的关系 / 93

第一节 民法推定性规范与民法拟制性规范 / 93

一、民法推定性规范与民法拟制性规范的功能关涉 / 93

二、民法拟制性规范的理论视域 / 95

三、民法推定性规范与民法拟制性规范的关系界定 / 99

第二节 民法推定性规范与民法准用性规范 / 105

一、民法推定性规范与民法准用性规范的属性交融 / 105

二、民法准用性规范的具体考察:以准民事法律

行为为例 / 106

三、民法推定性规范与民法准用性规范的关系界定 / 118

第三节 民法推定性规范与民法的反对解释 / 124

一、民法推定性规范与民法反对解释的逻辑关联 / 124

二、民法反对解释的本质属性 / 128

三、民法推定性规范与民法反对解释的关系界定 / 134

第四章 民法推定性规范的类型、表达与创制 / 137

第一节 民法推定性规范的类型与表达 / 137

一、民法推定性规范的理论类型 / 137

二、民法推定性规范的立法表达 / 146

第二节 民法推定性规范的创制 / 153

一、民法推定性规范的创制限度:民事立法谦抑性
之提倡 / 153

二、民法推定性规范的基本要素创制 / 160

三、民法推定性规范的修辞要素创制 / 162

四、民法推定性规范的反驳要素创制 / 163

第五章 民法中的事实推定规范 / 166

第一节 死亡推定 / 166

一、死亡推定的基本属性 / 166

二、死亡推定的制度构造 / 171

三、死亡推定的立法设计 / 176

第二节 善意推定 / 176

一、善意与主观诚信的关系辨析 / 176

二、善意推定的适用场域 / 195

三、善意推定的保护限度:以动机为中心的考察 / 198

四、善意推定的对立范畴:恶意推定——以取得
时效为中心的考察 / 213

第三节 过错推定 / 226

一、过错推定的内涵界定 / 226

二、过错的判定标准:从主观到客观 / 229

三、过错推定的人性探源:从性恶论到理性人假设 / 231

第四节 因果关系推定 / 241

一、因果关系推定的基本内涵 / 241

二、因果关系推定与举证责任倒置 / 243

三、因果关系推定的司法实践 / 248

四、因果关系推定的立法设计 / 253

第六章 民法中的权利推定规范 / 254

第一节 占有的权利推定 / 254

一、占有权利推定的基本机理 / 254

二、占有权利推定的顺位排列 / 259

三、占有权利推定的效力限度 / 263

四、占有权利推定的立法设计 / 266

第二节 登记的权利推定 / 268

一、登记权利推定的基本机理 / 268

二、登记权利推定的正当基础 / 272

三、登记权利推定的存在场域 / 275

四、登记权利推定的立法设计 / 279

参考文献 / 281

第一章 民法推定性规范概说

第一节 民法推定性规范的意旨

一、推定的学说考察

“在法学范畴研究以至于重大的法学争论中，在很多意见对立的场合，争论的原因和焦点往往是由概念、范畴的歧义引起的。”〔1〕这一点在推定概念的研究上亦不例外。美国证据学大师摩根曾就推定问题的研究作出如下断言：“每一个具有足够智能的研究者都知道在这个主题上的困难，这种困难已经到了这一程度——你会带着无望的感情接近这一题目，带着绝望的感觉离开它。”〔2〕这种绝望，根基于在对推定问题进行深入的研究之后，会发现连推定的概念本身都难以界定。对此，德国著

〔1〕 张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社2001年版，第19页。

〔2〕 Edmund M. Morgan, Presumptions, 12 Wash. L. Rev. 255 (1937), in Richard O. Lempert, Stephen H. Saltzburg, *A Modern Approach to Evidence*, 1982, p. 803.

名法学家罗森贝克曾有如下结论:“没有哪个学说会像推定学说这样,对推定的概念十分混乱。可以肯定地说,迄今为止人们还不能成功地阐明推定的概念。”〔3〕实际上,在许多基础性的法学概念界定方面,学说莫不如此。推定的“波粒二象性”的矛盾属性,既为研究者提供了无限的想象空间,同时也使研究者坠入悖论之网,而这恰恰映照出推定问题在实体与程序之间浮动的根基。然而,作为研究推定问题的基础,我们必须寻找出一个大致可被接受的推定的概念。

在词源上,“推定”一词,《辞源》、《辞海》皆不可考。〔4〕在具体内涵上,学说众多,其中具有代表性的有如下几种:

其一,从基础事实与推定事实之间的关系角度解释推定。该观点认为,推定由两部分组成:一是基础事实,即已经证明或明了的事实,该事实作为推断或认定的根据;二是推定事实,即根据基础事实认定其存在或不存在的事实,是经推定所得之结果事实。基础事实可以是一个,也可以是多个,推定事实亦然,但此二者之间必须有合理的逻辑关系。〔5〕

其二,从证据法则角度解释推定。该观点认为,推定是指由法律规定或者由法院按照经验法则,从已知的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。〔6〕推定是法院和评论者用来描述规制一种证明过程诸如规则的术语,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,〔7〕因此,推定“是标志基础事实与假定事实之间法律关系的证据法范畴”。〔8〕据此,推定是法律所直接认可或间接允许的

〔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〕邓子滨:《刑法法中的推定》,中国人民公安大学出版社2003年版,第3页。

〔5〕陈界融:《证据法学概论》,中国政法大学出版社2007年版,第242页。

〔6〕樊崇义:《证据法学》,法律出版社2004年版,第338页。

〔7〕〔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852页。

〔8〕张保生:“推定是证明过程的中断”,载《法学研究》2009年第5期。

证明案件事实的一种特殊证据规则,它连接着前提事实与推断事实,并允许当事人提出反证予以推翻。

其三,从逻辑推论角度解释推定。该观点认为,推定是用于表示一种事实的存在与另外一种事实之间的逻辑推论,即根据一定的情境证据(circumstantial evidence),推导出一定的逻辑结论。^[9] 情境证据的来源非常广泛,如当事人在法庭上的表情流露、言谈举止、案情细节以及当事人提供的各种间接证据等,法官根据这些事实材料进行逻辑推理,从而得出推定性结论。

其四,从假定角度解释推定。该观点见之于《布莱克法律词典》对“推定”(presumption)一词的解释,其认为“推定是一种关于某事实存在的法律推断或假定,其基础是已知或已经证明的另一个或一组事实的存在”。^[10] 摩根也认为,推定是指根据其他事实或一系列的事实而认定某种事实存在的一种假定。^[11] 我国也有学者认为法律上推定的事实具有假定的性质,^[12] 还有的学者进一步明确指出:“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,而不是两个事实(基础事实与待证事实)之间的逻辑关系”。^[13] 饶有趣味的是,该词典主编 Bryan A. Garner 在其所主编的另一部有影响的辞书《现代法律用语词典》中,却将推定解释为是“司法中适用的关于事实或法律之概率的预告”,^[14] 该定义显然更加强调基础事实与推定事实之间的概率关联,并将其领域界定于司法活动中,与前述几种观点更为接近。

[9] Jon R. Waltz, Roger C. Park, *Evidence, Cases and Materials*, Foundation Press, 1999, p. 737.

[10] Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, West publishing Co., 1990, p. 1223.

[11] Morgan, Some Observations Concerning Presumptions, 1931, 44 *Harv. L. Rev.* 906.

[12] 何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社2007年版,第269页。

[13] 张保生:“推定是证明过程的中断”,载《法学研究》2009年第5期。

[14] Bryan A. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage*, Oxford University Press, 1995, p. 689.

二、推定学说的评价

笔者认为上述几种观点各有优劣。其中,第一种观点对基础事实与推定事实相互关系的认识可资赞同,但其认为推定包括从基础事实推定某种事实不存在,则值得推敲。例如,有的学者认为,“如果侵权行为人不在现场的事实在本案中得以证明,则可以此事实为基础事实,推定被告不是侵权行为实施者的待证事实。”^{〔15〕}这种所谓否定性结论的推定,在本质上是一个逻辑推理的过程,而且这种逻辑推理是建立在简单的生活常识基础之上的,根本没有必要通过推定这样复杂的制度予以解释。而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,把这种否定性结论的推断设立为推定并不能起到减少不必要证明的作用,同时,建立在简单生活事实基础之上的推断,也不属于难以完成的证明。推定这一概念背后的逻辑,应当是从基础事实得出另一事实的存在,而且其理论基础不应是百分之百的绝对生活常识,关于这一点,后文将在推定的理论基础部分进行详细探讨。当然,从哲学角度来说,“存在”与“不存在”是一组对应的范畴,推定某事实存在,实际上也可以理解为推定其反面事实不存在,所以,在这一问题上,似无必要做过度追究。笔者仅仅是基于前后逻辑贯彻、理论圆通之考虑,主张将推定的结论统一定性为某事实存在。

第二种观点实际上是将推定视为一种认定案件事实的方式,即通过法官的内心确信,使前提事实与推定事实之间产生具有一定高度盖然性的证明关系。这在本质上描述的是法官的一种推理和论证事实的过程,其并无明显不妥之处,但本书要研究的是实体法中的推定性规范,虽然此种推定性规范的主要目的之一就是为了法官裁判案件的便利,但其毕竟以实体法律规范的形式存在。所以从研究主题角度,本书不采纳这种从诉讼程序角度对推定的界定。

第三种观点实际上混淆了推定与推论的关系。第一,从适用要求来

〔15〕 陈界融:《证据法学概论》,中国政法大学出版社2007年版,第242页。

看,推论作为一种逻辑思维方式,其在具体案件适用中必须符合证明充分性这一要求,而推定具有一定程度的猜测性,在证明要求上显然要低于推论。具体表现为:在证据的量上推定较之推论证明要求较低;在证明的内容上,推论实行的是具体证明和完整证明,而推定实行的是非具体证明和简略证明;在证明的质即达到证明标准的问题上,推定要求较低而推论要求较高。^[16] 第二,从适用过程来看,推定的制度特征主要表现为一旦遇到对方提出的反对证据,该推定就不能再予以适用,其效力应被否定,而推论则需要充分考虑法官的自由心证,即使对方提出了反对证据,法官仍需要结合证据的链接和案件具体情况,综合考量推论事实的证据和反对证据的强弱优势,最终作出决断。第三,从适用结论来看,一般情况下,只要基础事实已经获得充分证据予以证实,则根据推定的法律要求,法官就必须认定推定事实的存在,除非有相反的证据予以推翻。而作为推论前提的基础事实即使获得了证明,法官却并不必然就需认定待证事实的存在,其仍然须结合案件具体事实和证据情况来推论待证事实存在与否。第四,从适用性质来看,推论应用于对事实的认定,在本质上是事实问题,而推定在本质上是一种法律适用过程,所以既是事实问题,同时也是法律问题。第五,从存在领域来看,本书要研究的推定性规范,存在于民事实体法中,而推论则表现为法官审理案件时的一种思维方式,存在于案件裁判中。

此处还有必要进一步将推定与推理进行区分。推理主要指一种逻辑演绎工具和思维过程,是法官用来作出法律结论的手段,而推定除了指一种思维过程以外,还指一种思维方式和被推出的结论本身。^[17] 推定与推理的共同点是:证明某一事实是间接的,是通过建立其他事实以

[16] 龙宗智:“推定的界限及适用”,载《法学研究》2008年第1期。

[17] 邓子滨:《刑法法中的推定》,中国人民公安大学出版社2003年版,第8页。