

西南政法大学
诉讼法博士精品文库

田平安 徐静村 主编

民事推定及其适用机制研究

赵信会 著

博學篤行
厚德重法



法律出版社
LAW PRESS CHINA

民事推定及其适用机制研究

赵信会 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民事推定及其适用机制研究/赵信会著 田平安、徐静村主编.
—北京:法律出版社,2006.8

(西南政法大学诉讼法博士精品文库)

ISBN 7-5036-6542-4

I. 民… II. 赵… III. 民事诉讼法—研究 IV. D915.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 086541 号

© 法律出版社·中国

民事推定及其适用机制研究

赵信会 著

责任编辑 王旭坤

装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2006 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 8.625 字数 219 千

印次 2006 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939840

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-6542-4/D·6259

定价:22.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



赵信会 1967年7月出生，山东省巨野县人，现为山东经济学院诉讼法研究中心主任，副教授，硕士研究生导师。先后于2001年7月和2005年7月在西南政法大学获诉讼法硕士和博士学位，师从田平安教授（现任全国民事诉讼法专业委员会主任）。曾主持并完成国家级课题1项、省部级课题2项，省部级课题1项。参与《比较民事诉讼法》、《民事诉讼法》等多部著作的写作，先后在《现代法学》、《理论探索》、《人民司法》、《法制日报》等核心刊物上发表论文10多篇。

诉讼法学研究之路

依稀记得中国古代的大诗人屈原说过：“路漫漫其修远兮，吾将上下而求索”。此句用于探寻中国法学研究之路的运动轨迹似乎是合适的。

中国是一个有五千多年历史的文明古国，她对人类文明做出了伟大的贡献。但由于中国是一个较为封闭的农耕社会，人与人的交往度极其有限，在有限的交往中凭籍的是亲情、族情、人情而不是法则。虽然也曾有过如《唐律》之类的法，但它只是封建社会的点缀。源于此，中国几千年几乎没有法学研究。法学研究的起始与高等法学教育的兴起同步。1904年，中国历史上第一所以法律为教学内容的直隶法政学堂开办；1912年，朝阳大学开学；1927年东吴大学挂牌。自此以后，以法为对象的研究方啾呀学步。就是在啾呀学步的同时，耳边还不时响起枪炮的轰隆声。

1949年新中国成立，本应国泰民安、经济蓬勃、文化昌达、法制更新，但由于众所周知的原因，国人所期望的法学研究并未从啾呀学步的状态中迈步向前。称得上“法学之研究”的事当从上世纪九十年代始。在改革开放的大背景下，国家逐步制定了一系列立法，法学教育得以恢复发展，法学研究也才出现令人高兴的情状。法学刊物由几种而至几十种；法律院、系由十几所变为几百所；民法研究、刑法研究、诉讼法研究、国际法研究、行政法研究、经济法研究方兴未艾；法学文章、教材、读物、专著、译著摆满了书店的书架。以民事诉讼法学研究为例，经过同仁的劳作与宣传，司法的被动性、公开性、透明性、亲历性、多方参与性及终结性等特点；程序价值与诉讼特殊性相关的直接原则、言词辩论原则、程序安定原则；以及

程序自由、诉讼民主、程序保障等时髦而崇高的观念正日益受到社会的认可与接受。一言以蔽之,我们的法学研究正在向前走步。当然,“与其他学科相比,中国当代的法学研究更缺少学术的传统,缺少研究中国实际问题的传统。法学不仅无法与中国传统文史哲学科的深厚相比;而且与社会学相比,也缺少像费孝通先生那一代很有成就的学者,没有《江村经济》、《乡土中国》那样的富有洞察力和有学术支撑的著作;与经济学相比,也缺乏经济学的实证研究传统和较为坚实的学术训练。中国当代的法学研究,尽管在一些法律实践问题上有了不小的进步,但在很大程度上仍然停留在对一些命题、甚至是政治命题本身的分析研究;仍然趋向把法学视为一种普适的知识;仍然对中国当代城市和农村、对中国人因为他们的生产和生活条件而形成的行为方式缺乏关注;仍然更多试图并习惯于用18、19世纪西方学者的一些因然命题来规定生活。法学研究的方法也相当落后,从因然命题到因然命题,缺少对社会的其他学科的了解,缺乏对支撑法学研究的发展的理论和研究,缺乏对司法问题的综合性研究,而往往从部门法出发把活生生的案件简单归纳为民法案件或刑法案件。甚至连基本的学术纪律和规范都还没有形成。”^①

诉讼法学作为法学的一个部门,这样的问题同样存在。而且,诉讼法学的研究问题可能由于这一学术群体缺乏传统与学术积淀而更加突出:在建国之后是生吞活剥地沿用苏联的学术理论,后来又是对苏联理论的“集体反叛”。^② 学术的研究是非常讲究积淀的,这样剧烈的“取”与“舍”导致诉讼法的发育先天不足,而后来的发展又是后天失调。

近些年来,诉讼法学者也开始对自身的研究进行了反思。

那么,什么样的诉讼法学研究才真正是我们需要的呢?

未来的诉讼法学的研究,应该是运用交叉学科的方法进行的研究。社会的发展,使得现代各个学科对各自的研究对象、研究规范、术语形态和学理体系之间严密界定和严格分工,使学术趋于专门化和职业化。这样的分工使得人类的

① 朱苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社。参见“什么是你的贡献”(自序)IV—V页。

② “集体反叛”的提法参照强世功:《迈向立法者的法理学——法律移植背景下对当代法理学的反思》一文,载《中国社会科学》2005年第1期。强氏云:“当代中国法理学中关于‘法律是什么’的追问始于对教条化马克思主义法理学的‘胜利大逃亡’,其结果构成了对马克思主义法理学的集体反叛。”

知识在各个领域取得了许多具有突破性,且深刻、透彻、条理整然的成果。韦伯早在20世纪初就感叹:“学术已经达到一个空前专门化的阶段,而且这种局面还会一直继续下去”。^①这样的专业化的分工使得“科学家非但不能兼容不同的科学,而且也无法占据某一科学的全部领域。他的研究只限于固定的某一领域,甚至是单独的一个问题。”^②这样的学术分工和壁垒森严的学科界限造就了越来越专业化学术的同时,则有可能对人类知识的完整性进行人为的阉割!因为分工越是专业,从事相应研究的学者就不得不集中更多的精力来训练他从事学术职业直接所需要的能力。这些能力愈是得到强化,其他的能力愈是受到损害,得到强化的这些能力就会愈加局限在一种固定的形式当中,而学者本人,就会逐渐成为这种形式的奴隶。这样,学科之间的人为阉割可能还会因为学科的封闭状态、学术的近亲繁殖、“法律人”这个想象的共同体^③的共同利益而得到强化,结果往往是造成各个学科门户的株守,新的思维方式与学术方法受到压抑。现在的诉讼法学的研究亦是过于流连于内部人自己编织的诉讼法学人工孤岛之上。我们迫切地需要补充新鲜的血液,不断地从这个孤岛上走出来,以便看到更多的风景。^④我们需要引入经济学的定量分析、社会学的实证调查、人类学

① [德]马克思·韦伯:《学术与政治》,冯克利译,三联书店1998年版,第23页。

② [法]埃米尔·涂尔干:《社会分工论》,渠东译,三联书店2000年版,第3页。

③ 强世功博士在《中外法学》2001年第3期上面发表的名篇——《法律共同体宣言》,该文如战斗檄文般的行文风格非常类似于耶林的《为权利而斗争》。《法律共同体宣言》中声称:“一个无形的法律共同体。共同的知识、共同的语言、共同的思维、共同的认同、共同的理想、共同的目标、共同的风格、共同的气质,使得我们这些受过法律教育的法律人构成了一个独立的共同体:一个职业共同体、一个知识共同体、一个信念共同体、一个精神共同体、一个相互认同的意义共同体”。另外,“想象的共同体”的提法参见[美]本尼迪克特·安德森:《想象的共同体——民族主义的起源与散布》,吴睿人译,上海世纪出版集团2005年版。

④ 当然,从诉讼法学的人工孤岛上走出来的目的最终还是为了更好的走回去。王铭铭教授在评价著名人类学家马林诺夫斯基的学术时,用了“在这里”(being here)、“到那里”(being there)、“回到这里”(returning home)三个阶段来形容人类学者的典型人生经历。即是“西方人类学者大多首先在西方的学院式家园中习得一种人文价值观念,接着到了‘那里’(别的地方或非西方世界)的‘异文化’中去体验不同的人文价值可能性,最后回到‘这里’(西方)的学院式家园中对既有的人文价值提出反思性的见解”。参见[美]马歇尔·萨林斯:《甜蜜的悲哀》,王铭铭译,三联书店2000年版,参见王铭铭题为《萨林斯及其西方认识论反思》的序言部分,第5—6页。按照笔者的理解,其实这样的论述对于任何一个真正的学者的长成都是成立的。学者的成长先是“在这里”(being here):接受该学科最为基本的学术的规训;然后是“到那里”(being there):跳出这个这个学科的局限,用在接受这个学科的规训时所获得的“获得知识的能力”去获取更为广阔和深邃的知识;最后是“回到这里”(returning home),对自己的所属学科进行反思,对该学科的进行深化研究或是开拓该学科新的领域。所以笔者才一再的说“走出来的目的是为了更好的走回去”。

的深度个案诠释,甚至是文献计量学的引证分析等方法,而不满足于现在的规则制定和概念法学。诉讼法学是一个独立的学科,但决不是一个自给自足的学科。我们的研究就需要运用交叉学科的研究方法去打破现有的学科之间的隔阂,去拓展新的研究领域。布迪厄就说过:“哪里突破了学科的藩篱,哪里就会取得科学的进展”。^① 所以诉讼法学随着以后研究的深入,诉讼法学的研究越来越专门化的同时,我们同时将会看到诉讼法学与其他学科之间的相互融合与借鉴,这将是两条并行不悖的主线。

未来的诉讼法学的研究,是钱穆先生所说的那种“对本国的历史怀有一种温情和敬意”^②的研究。我们现在的学术研究,存在着对自己的历史有一种妄自尊薄的倾向,“尊西人若帝天,视西籍如神圣”。^③ 近代以来,中国与西方的两个主体,它们之间的文化比较的问题,往往被转换和扭曲为“传统与现代”的单线进化问题,中国为传统,西方为现代,对现代化的渴求使得中国之历史就当然地处于逻辑的劣势,处于被遗忘的角落。在诉讼法学的研究中我们应该关注中国历史,关注我们祖先他们的生产和生活条件而形成的行为方式。只有对历史把握住了,才能具有陈寅恪先生所说的那种对古人的“了解之同情”,而不是一味地咒骂历史;才能我们更好的理解现在,也才能够如徐朝阳先生一样,写出《中国诉讼法溯源》这种原创性的经典作品来。

未来的诉讼法学研究,应该是关注中国的国情和实践的研究。吉尔兹说:“法律……乃是一种地方性知识”。^④ 我们诉讼法学的研究,面对的是中国的国情,是中国的现实,所以在某种程度上说也是“地方性”的,不是普遍性的。英美怎么样、法德又如此的西方经验只是争对解决它们的问题的知识,同样是“地方性的知识”,并不是普适的知识,并不能想当然地适用于中国。现在言必称西方的研究,过分的倚重于域外经验,自觉不自觉地把西学要解决的西方的问题当成了我们当下要解决的问题,这其中就缺乏对我们的现实和国情的把握和了解。我们的研究

① [法]皮埃尔·布迪厄,[美]华康德:《实践与反思——反思社会学引论》,李猛、李康译,中央编译出版社2004年版,第197页。

② 杨义:《现代中国学术方法总论》,载《中国社会科学》2005年第3期。

③ 余英时:《现代危机与思想人物》,三联书店2005年版,第39页。

④ [美]克利福德·吉尔兹:《地方性知识》,王海龙、张家瑛译,中央编译出版社2004年第2版,第273页。

应该更多的关注中国的司法实践和中国问题。^① 不能让诉讼法学的研究因为缺乏实证成为抽象的,是大词似的、空洞的,成为知识精英在书斋里的专有物品,使其堕落为脱离大众的、贵族式的、奢侈的、干瘪无味、概念游戏般的研究。

西南政法大学诉讼法学博士点正是基于对未来法学研究的期盼,对自己的博士生提出了严格的要求。要求博士生从入学之日起,“老老实实做人,踏踏实实为学”,严格标准精心管理。学生在校三年期间,有繁重的读书任务、充实的课堂教学、健康多样的师生沟通渠道;还有走出学门的调查要求、培养方案中有导师组的集体训话、严格的开题环节、预答辩程序、淘汰筛选机制;最后还有非常正规的答辩程序。从九十年代以来,诉讼法博士生的质量名列全国前茅。

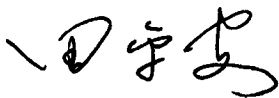
为总结交流计、也为宣传传播计、更为争鸣批判计,经与同仁徐静村教授商议决定一起主持出版“西南政法大学诉讼法学博士论文文库”,甄选学术质量较高的诉讼法学博士论文结集出版。在文库付梓之际,有二点声明:一是博士论文文责自负;二是刊印之论文是著者在答辩之后根据答辩委员会老师的意见又进行了深度加工和文字扩充。

末了,我还想衷心感谢为丛书的出版付出了辛劳的茅院生分社长和王旭坤编辑。

《西南政法大学诉讼法学博士精品文库》不求立言以存于后世,只愿能为我西政大之学术振兴,尽一己绵薄之力。诉讼法学研究之路漫漫其修远兮,吾将上下而求索。愿我诉讼法学科层楼更上,愿西政大生生不息!

寥寥数语,权以为序。

西南政法大学教授、博士生导师



二〇〇六年七月十一日

于重庆歌乐山下安怡斋

^① 缺乏对实践问题的研究并不完全是学者的责任,还与中国现在的制度有关:法院的案例不公开,案例卷宗分为外卷和内卷,学者的研究无法获得足够的司法信息。

本书序

民事诉讼中的推定是民事诉讼法学理论中比较具体的问题,也是民事诉讼法学理论中的小问题,我国现行《民事诉讼法》对之未作规定,最高人民法院的相关司法解释也是以一句话概括之。正因为如此,民事诉讼法学理论界对此问题尚无人进行深入、系统的研究。在民事诉讼法学界集中关注形而上学的问题和抽象问题研究的大背景下,信会同志以“民事推定及其适用机制”作为自己的博士论文论题,不仅表现了作者勇于接受挑战的勇气和务实的研究风格,而且其对该论题的研究具有填补或者弥补民事诉讼法学理论研究缺憾的意义。本书是作者在对博士论文进行整理、修改、补充的基础上完成的。

本书从民事推定的基本理论入手,较为详尽地分析论证了民事推定在民事诉讼事实认定中的地位、民事推定分类应考量的因素,剖析了各种民事推定分类的观点,在此基础上,作者得出结论:民事推定是依据法律规定或者经验法则从已知事实推导出未知事实的规范。推定根据其基础和功能应分为事实推定和法律推定两类。可见作者对民事推定的研究并未采用虚无主义和否定一切的研究思路,而是继承和吸纳了既有研究成果的合理内容。

本书也是首篇对民事推定的适用机制进行研究的专著,在诸多方面,作者均做了开拓性研究的尝试。在写作方法上,综合采用了历史分析、比较分析和实证分析的方法,显示了作者较为务实的研究风格和较为宽广的研究视野。通过对两大法系民事推定适用机制的比较,作者得出的基本结论是:两大法系有不同的民事推定适用机制。大陆法系的推定适用机制包括表见证明、大致的推定和经验法则;英美法系的推定适用机制包括表见证明和法官对陪审团的指示。即使同是表见证明的方法,两大法系的具体适用也有较大的差异。大陆法系表见证明的适用主体是法官,并适用于法庭审理过程中;而英美法系表见证明的适用者虽然也是

法官,但却是适用于审理前的程序。其功能是通过法官审前作出的简易判决,避免法庭审理。两大法系不同的民事推定适用机制根植于其不同的法律文化和法律制度。在对中国古代的民事推定之适用方法进行较为全面的历史考察的基础上,得出结论:中国古代存在依据经验、情理由已知事实推导出未知事实的事实认定方法,但不存在现代意义上的推定适用机制。中国古代推定所依据的情理、经验主要由地方官自己掌握,具有裁判者内心独享并于审理过程中突然适用的特点,同时推定之适用也与证明责任或者提供证据的责任没有任何关系。其主要的功能为使地方裁判者据此获得初步的心证,进而通过刑讯等方法获取当事人的供述,最后以当事人的供述定案。

当前,在拿来主义盛行,法律制度改革中移植多、反思少的背景下,作者能对西方法律制度的文化背景以及制度内背景进行冷静、理智的分析,并在这样分析的基础上认为,我国民事推定适用机制的立法应参照和借鉴大陆法系国家和地区的做法,通过民事诉讼法完善民事事实推定制度,通过民事实体法完善法律推定制度。在具体的适用方法方面,作者进一步提出完善判决理由的论证制度,建立经验法则方面的判例制度等。作者提出的上述观点不仅较为新颖,而且具有较大的创新价值。作者提出的观点以及对其观点的论证,必将进一步促进关于民事推定的理论研究和民事推定之立法的完善。文章中尚有许多颇为独到的见解,留待读者自己体会、评判。

当然,文章中也有一些需要进一步研究之处,如民事事实推定的具体实践怎样、错案追究制如何制约民事推定的适用。希望赵信会同志能够在博士论文以及该专著的基础上,对民事推定问题作进一步深入的研究,也希望作者有更多的好作品、研究成果问世。

在本书将要付梓之际,作者请求我为之作序,作为作者博士阶段的导师,同时该书又是作者在博士论文的基础上完成的,欣然允之,并写下了以上一些话,是为序。

田平安

2006年4月18日

内容提要

西方证据制度的发展大体经过了神示证据制度、法定证据制度、自由心证制度等历史阶段;中国的证据制度经过了早期的神示证据制度、封建时期的以法定证据为主兼有裁判者自主判断的证据制度,到国民党政府时期确立了自由心证的证据制度。新中国成立以后,受原苏联立法模式和意识形态、国际政治格局等多方面的影响,民事诉讼以实事求是作为自己的证据制度。实事求是的证据制度与自由心证的证据制度的区别在于:(1)判断案件事实的标准不同。纵观西方国家的自由心证可以看出,与自由心证制度结合在一起的是盖然性的证明标准。大陆法系国家和地区民事诉讼中的证明标准为高度盖然性,而英美法系民事诉讼中的证明标准为盖然性占优。而实事求是的证据制度,强调对案件事实的彻底查明,盖然性一般来说无法进入实事求是的理念当中。案件事实可能如此或者大致是这样的概念,很难为 mainstream 民事诉讼法学者认同。主流民事诉讼法学者探讨的也多是裁判者应该查明案件事实、裁判者也能够查明案件事实等。(2)裁判者的事实判断能否为第三人完全审查不同。自由心证的证据制度所包含的重要内容是裁判者可以根据法律、经验、道德良心对案件事实进行独立判断,而且其判断过程难以为第三人审查,裁判者对案件的心证过程和裁判者自身的心理活动向来被认为是排斥他人认识的神秘领域。当然,这种情况在两大法系国家民事诉讼中的事实认定又有一定的区别。在英美法系国家,由于强调正当程序和裁判过程的绝对形式主义,裁判者的判断向来被认为是上帝的声音,制度设计上既未设置对事实裁判者的审查机制,也没有要求裁判者说明裁判的理由和事实认定与否的原因。由于历史文化和法律文化的影响,大陆法系国家或地区的民事诉讼一直把案件事实的发现和实体法规定的价值目标的实现作为其首要任务,

实质公正具有英美法系国家民事诉讼所不曾具有的优先地位。在具体的制度设计上,其不仅设置了英美法系国家所少有的再审程序,规定二审法院为事实审法院,既可以审查事实,也可以审查法律,而且把裁判者论证事实认定的理由,展示事实认定的过程,作为裁判者的重要义务。那么这是否就意味着事实认定的心理过程就能够为第三者审查了呢?其实不然,研究表面事实认定活动甚至其他的认识活动,并不是如实证分析哲学家所强调的理智的、细密的分析过程,而表现为充满跳跃的非理性的冲动。在非理性的认识结果或结论形成以后,认识主体的论证过程或者说明理由的过程,只不过是为其原来的认识结果寻求正当化依据的过程。换句话说,从这一角度看,事实认定理由的说明、事实认定结果的论证,同裁判者的实际认识活动有背离。自由心证下,第三者对事实裁判者认识活动的审查内容又是什么呢?第三者能够审查的只能是其中相对抽象而与案件的具体特征能够剥离的内容,这些内容能够在许多不特定的案件中适用。第三人审查的侧重点是裁判者的事实认定活动是否违反了这些抽象的规范要求,并根据其是否违反作成不同的处理结果。这些抽象的规范包括法律、经验、道德等。实事求是证据制度侧重强调认识结果的客观性和认识过程的客观性,这种客观性的表现就是不同的认识主体对于同一认识现象,在认识正确的情况下,其得出的认识结论是一致的、相同的。即是说,只要是正确的认识结果就能够经得起其他人的审查,经得起其他人的检验和实践活动的检验。对事实裁判者的事实认定活动进行全面审查就成为我国实事求是证据制度的一个特点。这一特点既体现了对裁判者认识能力的充分信任,因为它以人能够认识客观世界为前提,同时又表现出对事实裁判者认识能力的不信任甚至一定程度的怀疑。故此,我国民事诉讼中上诉程序、再审程序都以对案件事实的再审查作为基本的内容,并把其同对事实裁判者的监督相提并论。这样,我国民事诉讼中上下级法院之间的关系就表现为监督与被监督的关系,再审程序也称为审判监督程序。实事求是的证据制度与自由心证证据制度的共同点在于,法律没有对某种特定的证据形式的证明力作强制规定。更直接地说,我国的实事求是证据制度和自由心证证据制度均属于与法定证明相对应的自由证明模式。这与自由心证和法定证明之间的势不两立不同,我国的实事求是证据制度就和自由心证证据制度有较大的相融性,这种相融性也使我国的

证据制度容易实现向自由心证制度的转化。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)可以说在一定程度上体现了这一转化。《证据规定》第64条规定,审判人员应当依照法定程序,全面、客观地审核证据,依据法律的规定,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和日常生活经验,对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断,并公开判断的理由和结果。

进入20世纪以后,西方社会背景发生了深刻的变化。这种变化表现为工业革命的飞速发展、国家主义和福利主义的崛起、实质合理性广受青睐等,西方国家,特别是大陆法系国家开始对传统的自由心证进行反思,对传统自由心证之下背离实质正义的司法进行批判。自由心证的客观化成为时代的潮流。^①改革开放后的中国,特别是加入WTO后的中国可以直接借鉴国外先进的立法成果,少走他们所走的弯路。正是有这样的优势,《证据规定》在赋予审判人员独立判断的自由时,也对审判人员的判断设置了约束机制,强调审判人员对证据的审查与判断必须依据法律、职业道德、逻辑规律和生活经验。推定是依据已知事实推导出未知事实的活动,其中法律推定反映了国家的立法政策,而事实推定则反映了事物之间的恒常联系,是对事物之间的恒常联系的抽象化。无论事实推定还是法律推定,其对裁判者认定案件事实都有强制适用性。推定可以说是自由心证的约束机制之一,是实现自由心证客观化的重要手段,现代各国也对推定制度表现出高度的热情。英美法系国家和地区自然不必多言,民事诉讼立法和证据立法均以推定为重要内容。大陆法系国家和地区的民事诉讼法虽少有关于推定的具体规定,但相当数量的国家或地区通过判例发展形成了与事实推定相应的制度,如日本的大致的推定、德国表见证明。我国台湾地区的经验法则则为民事诉讼法明确规定,是民事诉讼法规定的法律制度。

与世界政治经济发展的形势相适应和受民事诉讼法制规律的影响,《证据规定》颁布之前,我国学者就已经对民事推定进行了较为广泛的研究,形成了一定的共识,这些共识有:根据民事推定的不同依据把推定分为法律推定和事实推定;法律推定和事实推定有不同的法律效果等。除此以外,还有学

① 毕玉谦:《民事证据法及其程序功能》,法律出版社1997年版,第96~98页。

者对我国法律应当明确规定的法律推定进行了初步的研究。这些研究产生了积极的效果,并在一定程度上可以说是《证据规定》关于民事推定立法的前提。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《意见》)第75条(3)规定,根据法律规定或已知事实,能推定出的另一事实,当事人无需举证。而《证据规定》第9条第1款(3)规定,根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则,能推定出的另一事实,当事人无需证明。同条第2款规定,前款(1)、(3)、(4)、(5)、(6)项,当事人有相反证据足以推翻的除外。可以看出,《证据规定》关于推定的立法有了较大的进步,这些进步即是以上研究的重要贡献。

但这样的研究仅仅意味着为民事推定制度的研究提供了必要的前提或者基础,这些研究本身没有穷尽关于民事推定制度的研究,《证据规定》关于民事推定的规定还有进一步完善之必要。法律推定作为联系民事诉讼法和民事实体法的桥梁,^①如何实现对裁判者自由心证的制约?事实推定的基础是经验法则,在中国的司法环境下,中国的裁判者适用经验法则裁判案件的勇气如何?他们适用经验法则的客观性又是怎样的呢?可以讲,前期关于推定的研究更多地是关注中国与国外推定制度中共同的问题,关注涉及推定的一般规律。这种关注是必要的,特别是在国际化、全球化的当代社会背景下。但推定的涉外关注最根本的是要解决推定制度在中国的适用问题,是解决推定制度能否在中国的司法实践中开花、结果的问题。

这篇博士论文,即是在民事诉讼法学者前期研究成果的基础上,进一步把研究的眼光投注到中国的司法审判当中来,探讨推定,无论是法律推定,还是事实推定、经验法则在中国司法中的适用状况,并在此基础上力图提出能够使推定适用得更好的、更为匹配的诉讼机制。本篇论文共26万余字,6个部分。

第一部分:民事推定概说。该部分研究的主要内容包括5个具体的内容。第一,推定在事实认定中的地位。文章在研究的基础上认为,推定在事实认定中能够起到节约司法成本,限制裁判者的自由心证,促进司法民主的功能。第二,事实认定的构造与推定。在这一部分,文章对推定与诉讼构造

① 邓子滨:《刑事法中的推定》,中国人民公安大学出版社2003年版,第1页。

的关系进行了细致的研究,认为刑、民诉讼的推定有不同的特点,适用当事人主义的民事诉讼的推定与适用职权主义的民事诉讼的推定也不相同。第三,民事推定的含义。在对既往观点进行分析梳理的基础上,文章提出推定是法律或者经验、习惯所确定的根据一个事物的存在推导出另一事物存在的规则。第四,民事推定的分类,文章在对各种学说、观点进行比较分析的基础上认为,推定总体上可以分为两类。第五,民事推定的功能。民事推定的功能主要是指民事推定在民事诉讼法上产生的程序效果,对此,必须从与证明责任联系的角度进行研究。因为证明责任在整个证据法乃至民事诉讼法中都居于十分重要的地位,是民事诉讼的脊梁。根据推定与证明责任的关系,我们把民事推定分为法律推定和事实推定。

第二部分:英美法系国家的民事推定及其适用机制。民事推定制度在英美法系国家的证据法乃至民事诉讼中占有重要的地位,学者对于民事推定制度也给予了充分的关注。文章在对英美国家的判例、学说、立法进行关注、介绍的同时,把分析研究的重点投放在英美国家的民事推定适用机制上,并对这种推定适用机制进行了创造性地分析,认为英美国家主要是通过两种途径适用民事推定的。其一,表见证明。在当事人就基础事实提供的证据足够充分,任何具有理智的裁判者都能够合理地推出推定事实的情况下,审判法官即可以直接适用推定,并在此基础上作出裁判。其二,对陪审团进行指示。法官对陪审团的指示内容因案件中适用的推定类型,以及当事人对基础事实等的证明情况的不同,而有一定的差异。其中对法律推定的指示在一般情况下,具有强制性;对事实推定进行指示与否属于法官裁量的范畴。英美法系的推定适用机制是有其文化背景和法律制度背景的。其中,判例制度、二元化的审判组织、判决理由的论证与上诉制度是这种推定适用机制的基本的制度前提。

第三部分:大陆法系国家、地区的民事推定及其适用机制。与英美法系不同,属于大陆法系的德国、日本和我国台湾地区在民事诉讼法中并没有直接使用民事推定这一概念,就我们掌握的材料看,只有法国民事诉讼法直接使用了民事推定概念。但并不是说这些国家不存在与推定相同的诉讼机制,就法律推定来看,其首先表现为一种法律规则,反映国家的立法政策和价值目标,它不仅存在于英美法系国家,也存在于大陆法系国家和地区。就以经

验法则为基础的事实推定来看,大陆法系国家和地区分别以不同的制度来规制。德国民事诉讼中采用的是表见证明的方法,日本民事诉讼中采用的是表见证明和大致推定的方法,我国台湾地区则直接使用经验法则。德国的表见证明、日本的表见证明与大致推定不是由立法规定,而是由判例发展起来的。我国台湾地区民事诉讼法则直接规定裁判者的事实认定不能违反经验法则。由于在大陆法系国家和地区不采用陪审团制度,而采用职业法官制度,这种一元化的审判组织制度,决定了在这些国家不能适用英美法系国家的推定适用方法。事实上,这些国家也都把保证经验法则或者表见证明的正确适用作为立法或者司法的重要内容。为此,这些国家确立了判决理由的论证制度、对违反经验法则的裁判可以上诉第三审法院的制度,同时实践中有相当数量的大陆法系国家和地区采取由高级别的法院公布典型案例的做法,以指导下级法院的事实认定。

第四部分:中国古代的推定。文章认为,从与证明责任联系的角度看,中国历史上不存在现代意义上的推定。现代意义上的推定以当事人承担举证责任为前提,以当事人的诉讼主体地位为基础。中国古代的民事诉讼、刑事诉讼体现为以裁判者即地方官吏为主导的诉讼结构,当事人能够获得与现代诉讼一样的主体地位和程序保障是难以想象的,也是与其制度不相融的。同时,在中国古代的民事审判中也存在案件事实真伪不明的情况,那么裁判者采用什么样的方法解决人的认识能力的有限性与客观世界的无限性之间的矛盾呢?在早期,中国古代的民事审判抑或是刑事审判和西方一样具有较强的形式主义特征,这种形式主义体现神示裁判或者共誓涤罪。这样的裁判结构其事实认定表现非此即彼的二元逻辑,不会有事实真伪不明的情况。早期正是通过这样的形式主义和二元逻辑解决从现代来看的真伪不明问题。中国漫长的封建社会的发展过程也表现为民事审判、民事诉讼的去魅化过程,形式主义逐渐剥离,证据制度逐渐确立。虽然有学者认为中国古代由于缺乏和西方社会一样的强制裁判制度,相反必须以当事人特别是被告的接受为纠纷解决的最后标志;中国也不存在西方的证据裁判主义,而表现为口供主义。但不可否认,在去魅化的过程中,对不可认识、不可预测的上帝的依赖逐渐减少,证据制度逐渐确立并进一步完善。形式主义色彩的淡化,就是司法者的认识活动成为民事诉讼的重要内容,此时不管裁判者承认与否、司法制度承