

刑事证明责任与推定

XINGSHI ZHENGMING ZEREN YU TUIDING

主 编 龙宗智

副主编 黄维智 廖耘平

中国检察出版社

刑事证明责任与推定

XINGSHI ZHENGMING ZEREN YU TUIDING

主 编 龙宗智

副主编 黄维智 廖耘平

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事证明责任与推定/龙宗智主编. —北京: 中国检察出版社, 2009. 3

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0070 - 0

I. 刑… II. 龙… III. 刑事诉讼 - 举证责任 - 研究
IV. D915. 313. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 041839 号

刑事证明责任与推定

主编 龙宗智 副主编 黄维智 廖耘平

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@ vip. sina. com

电 话: (010)68658767(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 13 印张 插页 4

字 数: 359 千字

版 次: 2009 年 5 月第一版 2009 年 5 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0070 - 0/D · 2050

定 价: 38.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

刑事推定及证明责任研讨会会议综述

2008年11月25日，由四川大学司法研究中心主办、成都市锦江区人民检察院协办的“刑事推定及证明责任”研讨会在四川省成都市举行。来自最高人民法院、最高人民检察院、四川省高级人民法院、四川省人民检察院等单位的实务界人士，以及全国各地十多所高校和研究机构的专家学者共50余人参加了研讨会，提交学术论文16篇。与会人员就推定的界定、性质以及和相关概念的区别；推定的设立与适用；主观上明知要件的推定；以及相关的证明责任问题等议题进行了热烈、深入的讨论和交流。以下对本次会议研讨的内容作一综述。

一、关于推定的界定、性质以及和相关概念的区别

推定是一个极富争议的概念。之所以推定的概念存在较大争议，一个重要的原因是推定一词在不同语境下可以作不同的解释，具有不同的性质。有学者（樊崇义）认为，推定是指基于事物之间的普遍的共生关系，或者说常态的因果联系，由基础事实推出待证事实（又称推定事实）的一种证明规则。就概率而言，这里的因果联系是程度很高的盖然性。法律推定的基础是经验法则的法律规定或“法定经验法则”，而事实上的推定或者说审判中的推定的基础则是事实审理者在具体实务中运用的经验法则，是尚未上升到法律规定地位的经验法则。正是因为推定建立在经验法则之上，而经验法则毕竟只是人们归纳理性的结果，是一种不完全的理性，存在着非必然性和可推翻性，因此，推定都是允许对方反驳的。一项所谓的不可用证据反驳的推定，不是一种推定，而是一条实体法

规则。真正意义上的法律上的推定和事实上的推定其本质是一样的，都是对事实的认定，都是允许经过反驳而推翻的。唯一的区别在于法律上的推定，是立法者将某个事实上的推定明确加以肯认，从而上升为立法的形式。而尚未上升为立法的形式，但仍旧在司法实践中被法官使用的推定，是事实上的推定，或者称为审判上的推定。在立法中，虽以“推定”的名义出现，但是不能用反驳进行推翻的，不是真正的推定，只是一项实体法的规定而已。

有学者（龙宗智）指出，推定的实质是转移证明责任、降低证明标准。所以要注意分清推定和推论等概念的区别，尤其是应当注意联合国三公约规定的明知、故意、共谋等要件事实的认定是应当通过推论证明的机制，而不是推定的机制。这种推论机制与普通证明也有区别，因为缺乏直接证据，而靠间接证据确定主观要件事实。推论是通过间接证据进行推理获得事实的结论。推定与推论有一些重要的相同之处：证明某一事实是间接的，是通过建立其他事实以支持推定事实或推论事实存在的方式来实现事实认定。但两者在证明机制和法律效果上也有以下重大的区别：其一，推定因其具有一定程度的“推测与假定性”而降低了证明要求，而推论则必须符合证明充分性的一般要求。其二，推定具有“法定证据”的制度特征，而推论具有“自由心证”的制度特征。推定与推论都可能遇到反对证据，但二者不同的是，推定的反对证据一旦确认，该推定即失去效力；而推论则不然，虽然反对证据成立，但仍需要综合考量案件的证据情况，斟酌支持推论事实的证据是否能够压倒反对证据，从而达到证明标准。其三，推定转移了对特定事实主张的证明责任，而推论则没有转移证明责任。其四，推定确立了事实认定义务，而推论则没有这种义务。其五，推定是法律问题，推论是事实问题，二者在诉讼中的意义和性质不同。该学者进而指出，由于对推定的理解错误，导致我国所确认的某些联合国重要法律文件的中文文本在相关词语的翻译上发生错误而且常常被错误引用。一是《联合国打击跨国有组织犯罪公约》。根据中文文本，公约第5条的题目是“参加有组织犯罪集团行为的刑事定罪”，其中第2

款规定：“本条第一款所指的明知、故意、目标、目的或约定可以从客观实际情况推定。”第6条第2款第f项也有同样的规定。二是《联合国反腐败公约》。根据中文文本，公约第28条规定：“根据本公约确立的犯罪所需具备的明知、故意或者目的等要素，可以根据客观实际情况予以推定。”^①但是上述所引联合国两个法律文件中文文本，在理解和翻译上不准确，导致误解。根据联合国官方网站的《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的英文原本，第5条第2款的规定中关于明知、目的等主观方面事实的认定的用语是“infer”，而非“presume”。这里的关键在于，如果是用“推定”，则主观方面事实的证明责任转移，即由被告承担证明责任，如不能证明，则推定的事实成立。而且适用“推定”，还会导致降低证明要求，包括降低证明充分性的要求以及不适用排除合理怀疑的较高证明标准。但从立法背景和有关文本解释要求看，这两个法律文件并没有转移证明责任和降低证明标准的要求，因此不使用“推定”（presume）而使用“推论”（infer）一词。而且文本中规定作出推论的基础是客观的事实情况（objective factual circumstances），这是对推论的要求，而非作为“推定”前提的某一个或某几个事实构成的基础事实（basic fact or basic facts）。从联合国两公约的立法指南看，^②均明确区别使用“推定”（presume）和“推论”（infer）这两个措辞，进一步说明“infer”不是推定。鉴于推定与推论是两种不同的证明机制，存在原则性的区别，建议我国有关部门对相关中文文本进行修改，并提请联合国有关机构在中文文本制作中注意这一问题。

有学者（宋英辉）从如何在司法实践中运用推定的立场出发，从将推定视为一种处理证据和认定事实的方法的角度来探讨推定的

^① 以上两公约中的引文引自陈光中主编：《21世纪域外刑事诉讼立法最新发展》，中国政法大学出版社2004年版，第3、4、35页。

^② 参见《反有组织犯罪公约立法指南》英文文本第47段，以及《反腐败公约立法指南》。

内涵。其认为，推定是指根据法律规定或者经验法则，从基础事实推导出推定事实。推定包含以下三方面的构成要素：其一，基础事实。基础事实是推定的基础，没有基础事实无法进行推定。其二，推定的根据。推定的根据指的是从基础事实推出推定事实的依据。推定必须有一定的根据，而不能任意进行推定。一般而言，推定的根据包括法律规定和经验法则两个方面。所谓的事实推定和法律推定的分类标准就是推定的根据不同。在事实推定中，基础事实与推定事实之间的关联根据是经验法则。在法律推定中，基础事实与推定事实之间的关联根据是法律规定。其三，推定事实。推定事实是指当存在一定的基础事实时，根据法律规定或经验法则而得出的事实。推定事实是否正确取决于一系列因素的制约，包括基础事实是否已经被证实，是否存在推定的根据以及推定过程是否符合逻辑法则和人类的思维理性等方面。推定事实是可推翻的。推定事实存在可反驳的空间是因为，推定省略了由基础事实到推定事实之间的某些推理环节，在这些环节上，还存在其他因素介入而使事实向其他方向发展的可能性，而证明则是完整的推理过程。该学者认为，当前学界所谈的不可反驳的推定实际上是法律上的拟制（比如不满14周岁绝对不负刑事责任的规定）；法律推定和事实推定都是存在的，但事实推定同运用间接证据通过推理认定案件事实还是两个问题。

对于事实推定是否存在的问题，也有学者（李建明）提出了不同意见。其认为，不应当存在事实上的推定，以经验法则为基础作出的事实推定，实际上都是认定；所谓推定都是法律上的推定，而不是事实上的推定；所有的推定都是间接推定，都是有事实基础的推定；推定、推断等概念，有共同的本质，都是从已知事实推断未知事实，是事物之间带有规律性、必然性的联系，但区别在于，推定是把这一部分中认定非常困难的事实通过基础事实的存在规定为法律上的必须认定的事实；推定都是有基础的推定，无罪推定不是推定，而是价值理念指导性的原则，不解决事实认定的问题。

有学者（张保生）认为，推定是一个标志基础事实与假定事

实之间法律关系的证据法范畴，它包括不可反驳的推定和可反驳的推定两种形式，在一定程度上影响证明责任和说服责任。其提出并论证了推定是推论过程中断的命题。并认为，从外延上看，作为证据法范畴，所有推定都是关于事实的“法律上的”假定。其中，不可反驳的推定由立法规定，“在某种程度上是对一项实体法律规则的笨拙表达方式”；可反驳的推定在司法中应用，是法院或法官根据法律规定对证明过程加以补充的事实认定方法。从内涵上看，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，这是推定与推论的本质区别。推定是依法“拟制”事实，因此其本质应为法律问题。但也有学者（卞建林）对推定是两个事实（基础事实和推定事实）之间的法律关系的界定持不同意见。关于推定的界定，其认为，推定是一种法律规则，推定源于推论，而推论是社会经验的一种。推定这种法律规则建立在经验规则之上。

鉴于目前对推定界定理解的混乱，有学者（何家弘）提出推定问题的语言学研究路径。其提出，推定问题的研究需要一个跨学科的研究方法，有必要运用超越法学的研究方法，比如逻辑学、语言学。当前很多问题的争论源自语词的不一致或对语词的解释不一致。中文的推定这一法律术语是从英文（presumption）中而来，但是在理论探讨上比较混乱。当前对英文（presumption）的理解，自觉不自觉地套用了中文的语义。英文中推定的关键词是，假设、预告、推断、假定、推断性的证明过程、推理、（演绎）推理。英文中的推定（presumption）和中文的推定不能等同起来。英文中的推定（presumption）如果翻译成中文，应该为“预先假定”，而中文的推定就是一种推测性的认定，这与预先假定是有区别的。产生混乱的原因，是对英文理解的偏差。因此，有些概念照搬到中国并不适用。联合国相关公约中就主观要件事实的认定采用的措辞是“infer”而非“presumption”，这其实是推断，是我们将它翻译成推定了。就如何界定和判断推定，其建议采用三层递进的标准，严格

控制不能将通过间接证据认定事实的都作为推定。这种三层标准是：推定必须是对未知案件事实或争议事实的认定；推定必须是以推理为桥梁的对未知事实的间接认定而非直接认定；推定必须是关于事实认定的法律规定，应有法律的明确规定，不能将具体案件中法官运用证据认定事实都理解成推定。

二、关于刑事法中推定的设立和适用

多数与会学者都认为，应当慎用推定概念。当前有倾向是随意使用“推定”这一措辞，但在无罪推定原则下，有罪推定是十分例外的情况，必须慎用推定，不能随意确定推定事项。在刑事诉讼中，推定虽非绝对不允许使用，但必须限定严格的范围和条件。刑事诉讼中的推定适用的实质问题有两个：一是不能随意违背无罪推定原则，代替对犯罪要件事实的证明；二是不能随意降低刑事证明标准，成为确信无疑证明标准的例外。

关于刑事法中是否存在推定，能否存在推定的问题，有学者（卞建林）认为，推定在刑事法中是客观存在的，而且在当前有滥用、泛化的现象。在刑事法中，推定是和证明责任相关联的，而证明责任总是和主张联系在一起，总是和后果联系在一起。不要泛指证明责任，证明责任不单只局限于控方举证证明被告人有罪上。还有学者（陈国庆）认为，“推定”不需要证据来证明，如果有证据证明就不是推定，直接证明就可以了。推定就是没有证据了，没有办法按常规的方法认定事实了，所以要“推”。推定多用于民事诉讼中，刑事诉讼中的适用要特别慎重。

就推定的设立，有学者（龙宗智）指出，在刑事司法中，推定应当依法确立，因为法官不能无法律依据地转移证明责任，降低证明标准。因此刑事司法只能允许法律推定，刑事司法不允许事实推定。所谓事实推定，本质上只能是一种推论，或者说间接证据进行判定。事实推定及允许性推定已如英美法学者普遍承认的，即为推论。这种认识也为大陆法证据学理论所承认。承认“事实推定（允许性推定）”所产生的最突出的问题，首先是混淆了推定机制

与证明机制的界限，可能导致证明机制的紊乱，也使推定机制的建立丧失了意义。因此，为了防止两种事实认定机制的混淆与紊乱，最好不要使用“事实推定”的概念，“事实推定”一词应当作为无用和引起混淆的东西予以废弃。所谓推定，应专指法律上之推定。其次，否定“事实推定”还因为其可能与国家的法制原则发生冲突。再次，在刑事诉讼中，承认“事实推定”将冲击“无罪推定”的基本原则。该学者还认为，不可否认的是，由于刑事政策执行的要求，以及某些犯罪中的某些要素在控方证明上的困难，可能通过法律在某些犯罪的要件事实的证明中，通过倒置或转移证明责任，以及通过降低证明标准，限制“无罪推定”原则的适用，然而这种证明责任的倒置或转移，只能是个别的例外，而不应当普遍化，更不允许法官随意进行。即使对犯罪构成的部分事实进行推定，以降低证明标准或转移证明责任推定仍是不允许的。因为，证明标准设定所针对的事实，是案件的定罪事实，即影响构成犯罪的全部要件事实。犯罪的主观方面的事实，也属要件事实，如果其证明未能达到排除合理怀疑的程度，那么定罪就没有达到法定证明标准，因此无罪推定原则以及关于证明责任、证明标准的法律规定，适用于全部要件事实的证明，除非因特殊的政策性原因，由立法对个别犯罪的证明进行特别调整。该学者进而指出，当前“两高”司法解释对判断明知等（主要是犯罪的主观方面情况），进行了一系列司法解释。但在我国现阶段，除了《刑法》第282条第2款和第395条第1款规定的犯罪以及法释〔2007〕11号解释中就认定“明知”设定的推定外，原则上，其他的相关司法解释都应当是推论的具体化，即应当符合间接证据来确定主观要件事实的一般要求，是一种证明标准要求。只有在特殊情况下才能设置推定，即转移证明责任，降低证明标准。因为刑事推定涉及重大诉讼利益和风险的规则性分配，因此属于立法事项，司法解释原则上不应当设定刑事推定。推定本质上应当通过立法确定，但考虑立法变更的难度，以及司法实践的需要，对于确需打击，但又难以证明其特定构成要件某些特殊的犯罪，对个别要件事实，主要涉及主观要件的“明

知”、“故意”、“目的”等，在证明上特别困难的，根据司法实践的切实需要，斟酌其合理性，由司法解释在例外情况下对特定构成要件事实确立推定，是可以选择的现实做法，可以作为例外由司法解释设立推定规范，要求嫌疑人、被告人提供证明，如果未能提供，则推定其具备要件事实。建议全国人大有关部门在审查最高人民法院备案的司法解释时，应当对其中推定规范的合理性、必要性进行重点审查。

就如何从刑事诉讼的领域构建推定的问题，有学者（李建明）提出了法律上创设推定的三个条件：证明非常困难；基础事实和推定事实之间有必然联系；否定一方有反驳的可能。还有学者（樊崇义）指出，推定的设定和适用应该从诉讼领域上深刻认识。因为不管刑法怎么规定，推定都涉及诉讼证明和证明责任的转移倒置问题以及采用经验证明、逻辑证明如何规范的重要课题，具有很大的现实意义。对推定设定和适用对于推进反腐败斗争，如何贯彻《联合国反腐败公约》第28条具有非常重大的现实意义。该学者认为，推定的建构：一是必须持慎重态度，防止异化和滥用。二是结合中国的实际情况，不能照搬西方运用推定的条条框框。因为在我国当前这种职权主义严重，控辩不平等的状况下，对推定事实的反驳，控辩双方能力对比是严重失调的，律师调查取证权得到确认，但难以贯彻执行，被告方的辩护、反驳能力都受到众多限制，所以，我们还不能随意使用西方的推定运用方法。推定的运用要结合中国的具体情况来制定和运用。三是要坚持推定过程中的证明责任转移、证明过程简化。既要坚持推定过程中证明责任转移和证明过程的简化，也要注意合法性。因为证明责任的转移，动摇了刑事诉讼中被告人不负证明责任这样一个基本原则，推定的设立涉及刑事诉讼中基本立场和原则问题，所以在构建推定涉及证明责任转移或倒置的问题时要持慎重的态度。当前经常被援引的《联合国反腐败公约》第28条中的关于明知等主观要件的推定问题，要谨慎对待。该学者还特别提到最近北京市高级人民法院制定的一个关于证明规则的文件，该文件中列举了六种情形下证明责任倒置，即精

神失常、正当防卫、紧急避险、基于合法授权和根据、不在犯罪现场、巨额财产来源不明这六种情况。该学者指出，上述这种证明责任的倒置，特别是推定中证明责任倒置蔓延的做法值得提高警惕，这种做法有越权和侵权之嫌。四是在推定构建的过程中要加强通过刑事立法的规定来设立推定，不能随便根据案件的需要用司法解释设立、适用推定。

就推定的设立和适用，有学者（宋英辉）明确表示，不主张在刑事法领域适用事实推定：一是刑事法涉及利益的重大性。二是刑事法基本原则是控方负证明责任，事实推定实际上是在法律没有授权的情况下，降低了控方的证明责任，同刑事法基本原理冲突。三是刑事诉讼中搞事实推定，公诉的风险大，而且可能导致公权力滥用。该学者认为，关于运用推定应注意以下方面：注意法定性和必要性（有证据就没有必要搞推定）；推定并不减低基础事实证明的责任，基础事实证明还是要确实充分，只降低推定事实的证明责任；不能搞二次推定，不能根据推定事实搞再次推定；反驳推定事实的时候，控方和辩方的举证责任是有区别的，控方的证明责任比较高的，或者是排除合理怀疑或者至少是优势证据。就运用推定的程序规范问题，该学者提出以下方面：其一，告知辩方有反驳权及他没有反驳的情况下可能导致的后果。其二，法院对反驳权的行使有保障、救济的任务。辩方对刑事推定的反驳有的能够提出明确的证据，有的只能提供相关证据的线索。从保障辩方反驳刑事推定权利的角度出发，考虑到我国刑事辩方收集证据能力不足的现实，在辩方提出请求的情况下，不能因辩方不能提出明确的证据即否定辩方的反驳，而应由法院承担对辩方反驳权的救济责任，即由法官对相关证据线索进行调查取证。其三，推定事实不能成立的反驳标准。刑事推定的反驳标准不应等同于民事推定的反驳标准，而应考虑其特殊情况而降低要求，应当确立“合理怀疑”的反驳标准，即辩方只需对推定提出合理怀疑即可。

有学者（张保生）认为，因为推定具有在基础事实与假定事实之间创设某种法律关系的本质特征，以及推定具有影响诉讼证明

责任和说服责任的功能，因而推定主要适用于民事诉讼领域，严格地说是一个民事诉讼证据规则，在刑事诉讼中，推定虽非绝对不允许使用，但推定对效率与和谐的特定价值追求使其难以承载刑事证明责任的重任，不能用于代替对犯罪要件事实的证明，不能成为确信无疑证明标准的例外。推定的滥用会危害刑事司法的准确性和公正性。推定适用范围和条件应当严格限制，不能违背无罪推定原则，代替对犯罪要件事实的证明，不能降低刑事证明标准，让通过推定认定事实成为确信无疑证明标准的例外。

就推定的设定和适用要考虑当前国情的的问题，有学者（龙宗智）指出，从现实层面分析，也不应当简单照搬其他国家尤其是实行当事人对抗制国家关于推定的规定。因为这些国家现行的刑事诉讼制度是以“平等武装”为其法理基础，尤其是对抗制诉讼，有相对平等的诉讼条件，而律师辩护又为法定辩护，这与我国刑事诉讼不可同日而语。而在我国目前的刑事诉讼中，国家权力的强大仍是不争的事实，诉讼的本质还是国家职权主义甚至超职权主义的，中国刑事诉讼中嫌疑人、被告人所享有的律师辩护权严重不足，而嫌疑人、被告人及辩护人的取证权与举证能力还受到诸多限制而十分弱小，加之现行《刑事诉讼法》第93条规定嫌疑人供述义务，实际上已经具有证明责任由被告人分担的意义，在这一前提规范之下，以推定规范进一步转移证明责任必须更加慎重，因此要求刑事立法的推定规范设定必须充分考虑我国刑事司法的资源对比关系等影响因素，不是十分必要不得设定。对于司法个案，各级法院和法官只能按照法律的规定分配证明责任掌握标准，不得无法律根据推定要件事实。

关于推定的界定和适用问题可谓本次研讨会争议较多的方面之一。正如有学者（孙长永）提出的，当前讨论的推定的界定问题，学界还没有达成共识，而关于推定的界定，其同意推定是一种法律关系的事先安排，是一种事先的假定。但对有观点提到的对主观要件的证明，其认为不是推定，而是运用间接证据进行的推理而非推定。其赞成，原则上刑事诉讼中不能进行法律推定，推定主要在民

事诉讼中的观点。就我国现实需要看，刑事领域需要重点研究运用间接证据认定犯罪的主观要件。

三、关于主观上明知要件的推定

最高人民检察院从事司法解释工作的同志（韩耀元）结合司法解释工作，就关于明知推定问题的情况进行了介绍说明。对故意犯罪，有的罪名在刑法中明文规定了明知的要件，有的没有规定明知的主观要件，但是根据《刑法》第14条关于故意犯罪的规定，实际上主观上也有明知的要求。在司法解释中有关明知的推定问题主要有两方面的内容：除了刑法明确规定明知要件的以外，哪些犯罪主观上还需要明知，这是司法解释和研究中需要研究的问题，也就是推定对象的问题；如何认定明知，即如何推定。对刑法中主观罪过的规定，其提到，刑法关于故意和过失犯罪的规定主要是第14、15条。第14条关于故意犯罪的规定，要求故意犯罪有明知的要件，一般认为，刑法以规定故意犯罪是原则，规定和处罚过失犯罪是例外，凡没有明确规定是过失犯罪的，都是故意犯罪。但是实际情况是，刑法的规定没有完全体现这个原则。刑法中大部分罪名实际上没有明确规定主观要件是故意还是过失，只有极少罪名对主观要件作了明确规定。第一种情况是，有些罪名没有明确规定是故意还是过失，但可通过对比条文文字面文本得出，比如放火、爆炸（故意、过失），（故意、过失）泄露国家秘密等。第二种情况是，有的罪名刑法没有明确规定主观要件是故意还是过失，但是刑法理论上和实践中处理认为是过失，比如第134条的重大责任事故罪。第三种情况是，刑法没有明确规定是故意还是过失，实践中没有形成统一的认识，比如玩忽职守罪、滥用职权罪。第四种情况是，刑法没有规定故意，但是目前理论上、实践上认为只能是故意，比如生产销售有毒有害食品罪。该同志特别提到司法解释中对不明知的情况下与不满14岁幼女发生性关系是否构成强奸罪的问题，即关于犯罪的主观明知要件问题。对于这个问题，刑法上没有要求明知，但最高人民法院2003年的司法解释要求主观上要明知，而

2001年最高人民检察院的回复中回避了“不知情就不构成犯罪”的问题，主要是考虑到社会效果和回避对明知的解释在理解上的争议。

就法律和司法解释能否进行明确规定推定明知的问题，该同志指出，这是一个有争议的问题，牵涉到是否违反罪刑法定原则。司法解释虽然没有明确规定可以推定的原则，但许多司法解释还是涉及了关于明知认定的规定问题。主要有五种情况涉及明知或涉及明知推定的问题：一是对明知作的解释，并设定了推定的条件及除外条款。最典型的是如1998年关于盗、抢机动车的司法解释，把明知解释为知道或应当知道（但当时就有刑法学者明确反对将“应当知道”作为明知的解释，因为“应当知道”其实是过失）。后来在作司法解释时，有时就没有明确将明知解释为知道或应当知道。1998年关于盗、抢机动车的司法解释规定了四个条件，只要符合这四个条件之一，就认为其主观上是明知。2007年“两高”又作了修订，排除了两种情况（在交易市场之外、低于市场价格），这主要是考虑到现实社会生活情况，担心在推定明知时打击面太大而冤枉无辜。二是没有解释明知，只设定了推定，也没有规定除外条款，也就是2007年作出的盗、抢机动车的解释。三是没有明确规定明知，但实际上是将明知表述为知道或应当知道，没有规定推定条件也没有除外条款，主要是对共犯的规定，比如对生产销售伪劣商品罪的规定。四是只要求具备明知条件，没有对明知进行解释，比如2004年“两高”关于办理知识产权的解释。五是关于嫖宿幼女的解释，没有出现明知也没有规定推定。

就明知和推定的关系问题。有学者（周光权）提出，关于明知，司法解释中大量使用，经常解释为知道或应当知道，而理论上把明知解释为知道或可能知道。现在理论的观点和司法解释的做法应当有更好的改进方案。并提出观点认为：明知还需要更详细分级。现在司法解释中关于应当知道的一些解释，部分还可以保留，但绝大部分不应该使用这种表述。明知从“确实知道”到“不知道”，中间有很多等级。从明知到可能知道反映了明知的强度，而

即使是可能知道也反映了犯罪人对犯罪的操控和支配能力。强调对明知分级，一个犯罪人对特定对象是否知道的问题，除了中间状态，实际上包括两极：确实知道，确实不知道。最高人民法院关于强奸幼女的司法解释也提到，确实不知道是幼女的，不作为强奸罪处理，这是把“确实不知道的”排除在犯罪故意之外，但可能成立过失，如果刑法规定了过失强奸罪，则可能构成犯罪，但刑法没有规定，所以不处罚。其认为，现在的分法很粗略，在确实知道和不知之间还有三个环节：实际知道（实知）、可能知道（或知）、应当知道。这样一个人对对象的明知有四种情况：确实知道（确知）、实际知道（实知）、可能知道（或知）、应当知道。其中，确知，因为结合各种证据可以证实，成立明知没有问题。实知，是被告不供认，但结合各种证据认定其实际上知道，司法解释中大量关于应当知道的解释，里面包括的内容是实知的内容。或知是可能知道，理论上认为可能知道也是明知。而“应当知道”应该分为两种情况：一种情况是确实需要使用推定的，行为人不知道但其应当去知道，这其实是过失，落脚点还是其不知道；另一种情况是应当是知道的，应当知道还可以理解为，他应当是知道的，如果把应当知道解释为他应当是知道的，那就是事实上有明知，即实知的问题。所以该学者建议：把“应当知道”拆分为两部分。一部分是实知（不需要用推定来解决）；一部分需要保留，需要适用推定。该学者认为，司法解释关于盗抢机动车以及后来关于毒品犯罪是否明知的解释，用了“应当知道”，其中有的情况也属于推定的明知。而立法当中《刑法》第219条侵犯商业秘密罪，用了明知和应知这两个词，这里应知是立法上推定的明知，所以应当知道或应知这样的表述在一定程度上要保留，但需要压缩其空间。司法解释中使用“应当知道”这样的表述，一定程度上可以保留，但不是太严谨，应当拆分。

但是对此也存在不同意见。有学者（邓子滨）认为，对主观要件的解释应有更好的解决方案，但解决的办法相反，提倡合并而不是细分，即合并间接故意和过于自信的过失。该学者提出，在英

美法中也有类似的做法，即罪过三分法，罪过分为：直接故意、轻率、无认识的过失。如果采用这种分法，也可以减轻控方证明责任。因为目前很多刑法条文中没有明确主观要件是故意还是过失，实践中有争议，但司法机关还是必须要办案，要给出结论。其认为，在这些对故意还是过失没有明确的条款中，是要求主观罪过的，只不过到底是故意还是过失不清楚，可称为“存疑条款”。其认为应规定存疑条款，即有罪过但是故意还是过失不清楚。还有学者（冯亚东）提出，把主观要件的明知进一步细分为几种，在实体法上没有这样的分类，这种分类还是程序法、证据法上的涉及证明强度的东西，其认为这种对“应当知道”的细分没有太多实际意义。“应该知道的”和“实际知道的”应该是一个意思。

有学者（吴丹红）认为，犯罪主观要件的证明虽然很多可以借助推理、推论来完成，但在一些疑难案件中控方却很难完成，因此在司法实践中出现了推定。推定通过直接认定事实，可以节省证明的成本，并减轻控方的证明责任。刑事实体法上对于犯罪主观要件的规定，应当考虑到证明的难度设立一些必要的推定，同时规定一些要求被告承担部分证明责任的情形，以利于程序法上公平而合理地完成证明的任务。推定一定程度上转移了提出证据的责任，但没有转移说服的责任。其认为，控方负证明责任是原则，但不能全部加于控方，有些情况下，被告方也负有提出证据的责任。其赞同，应该对刑事诉讼中的推定进行限制，因为涉及嫌疑人权益保护的问题。我国现在的做法比较混乱，应该在法律中进行规定，这样比较慎重。其认为主观要件的推定设立要注意以下方面：考虑必要性条件，严格控制范围；只针对主观要件的证明极其困难的情况；在社会上具有可接受性；基础事实和推定事实有高度的或然性；给被告人反驳的机会。

也有学者（夏黎阳、雷秀华）提出，刑法意义上的非法占有为目的的主观内容，因为欠缺相应的客观事实行为而在诉讼上难以证明。因此应该发挥推定作为一种事实认定的证明责任和证据制度的作用，结合刑事实体法中“非法占有目的犯”各罪规定的特殊意