

# 刑事推定的理论探究与

# 规则设计

张云鹏 / 著

XINGSHI  
TUIDING DE  
LILUN  
TANJIU YU  
GUIZE  
SHEJI



辽宁大学出版社  
Liaoning University Press

# 刑事推定的理论探究与 规则设计

张云鹏 / 著

XINGSHI  
TUIDING DE  
LILUN  
TANJIU YU  
GUIZE  
SHEJI

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事推定的理论探究与规则设计/张云鹏著. —沈阳: 辽宁大学出版社, 2018. 7  
ISBN 978-7-5610-9310-8

I. ①刑… II. ①张… III. ①刑事诉讼—研究 IV.  
①D915.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 124612 号

刑事推定的理论探究与规则设计

XINGSHI TUIDING DE LILUN TANJIU YU GUIZE SHEJI

---

出版者: 辽宁大学出版社有限责任公司

(地址: 沈阳市皇姑区崇山中路 66 号 邮政编码: 110036)

印刷者: 沈阳市第二市政建设工程公司印刷厂

发行者: 辽宁大学出版社有限责任公司

幅面尺寸: 150mm×230mm

印 张: 10

字 数: 120 千字

出版时间: 2018 年 7 月第 1 版

印刷时间: 2018 年 7 月第 1 次印刷

责任编辑: 郭胜鳌

封面设计: 韩 实

责任校对: 晓 松

---

书 号: ISBN 978-7-5610-9310-8

定 价: 30.00 元

联系电话: 024-86864613

邮购热线: 024-86830665

网 址: <http://press.lnu.edu.cn>

电子邮件: [lnupress@vip.163.com](mailto:lnupress@vip.163.com)

## 目 录

绪论	1
一、研究的意义	1
二、研究的内容	3
三、研究的方法	6
第一章 推定的界定	8
一、推定的概念	8
二、推定的属性	10
第二章 推定性规范的识别	20
一、立法中的推定性规范	20
二、司法解释中的推定性规范	24
三、非司法解释规范性文件中的推定性规范	30
第三章 准法律推定质疑	33
一、区分法律推定与事实推定的标准及其关系	34
二、准法律推定的特征：依据的非司法解释性和效力的“强制”适用性	37
三、准法律推定概念存在的非必要性	40
第四章 刑事推定与无罪推定之契合	46
一、无罪推定在刑事诉讼中的人权保障意义	46
二、刑事推定与无罪推定关系的核心问题	51

三、刑事推定中被告人承担主观证明责任 .....	53
四、刑事推定并不降低法定证明标准 .....	61
<b>第五章 推定与刑事政策的实现 .....</b>	<b>72</b>
一、刑事政策的含义 .....	72
二、刑法与刑事政策的关系 .....	75
三、推定：宽严相济刑事政策之“严”的实现路径 .....	80
<b>第六章 规范推定制的本质：刑罚权的限制 .....</b>	<b>84</b>
一、刑罚权的界定 .....	84
二、限制刑罚权的必要性 .....	86
三、推定的创制与刑罚权的限制 .....	89
<b>第七章 分则明知的推定 .....</b>	<b>91</b>
一、分则明知的界定与描述 .....	91
二、从严格责任到推定责任 .....	101
三、推定责任的规范设计 .....	105
<b>第八章 受贿犯罪推定规则的确立 .....</b>	<b>119</b>
一、问题的提出 .....	119
二、受贿犯罪适用推定的必要与可能 .....	120
三、受贿犯罪推定规则之设计 .....	123
<b>第九章 “徇私”动机的推定认定 .....</b>	<b>127</b>
一、引言 .....	127
二、“徇私”的含义 .....	129
三、推定认定“徇私”的规则设计 .....	130
<b>第十章 非法占有目的推定认定的误区与矫正 .....</b>	<b>134</b>
一、非法占有目的与推定认定 .....	134
二、非法占有目的推定认定的误区 .....	136
三、非法占有目的推定认定误区之矫正 .....	139
<b>参考文献 .....</b>	<b>145</b>

# 绪 论

## 一、研究的意义

推定是一个程序问题，同时亦具有实体法上的意义。在刑事法领域，推定是以证明的重要的辅助性方法而被适时地运用。推定之于刑事法领域的规范和适用，具有重要的理论价值和实践意义，给予刑事推定的基本问题以理论上的系统、深入且准确的阐释，科学设计刑事推定的具体运用规制，对于指导和规范司法实务中推定的适用大有裨益。

具体而言，研究刑事推定理论与规则设计问题的意义，首先是对刑事一体化思想的有益贯彻。刑事一体化思想有两层含义，即作为观念的刑事一体化与作为方法的刑事一体化。作为观念的刑事一体化，“旨在论述建造一种结构合理和机制顺畅

(即刑法和刑法运作内外协调)的实践刑法形态。”<sup>①</sup> 刑事推定是连接刑法与刑事诉讼法的桥梁和纽带,研究刑事推定理论与规则设计问题需要立足于多学科的广阔视野,打通刑法与刑事诉讼法之间的“研究壁垒”<sup>②</sup>,如此,研究结论方能更具合理性,保证国家刑罚权的充分实现。以刑事推定的理论与规则设计为研究视角关照整个刑事法<sup>③</sup>,无疑是对刑事一体化思想的有益贯彻。

其次,刑事推定理论与规则设计问题研究是对宽严相济刑事政策立法与司法化的重要实践。缺乏实现路径的刑事政策只能是空洞的宣言而难以发挥其应有的作用,因此,探寻宽严相济刑事政策的立法与司法实现路径是必要的。合理创制刑事推定性规范是宽严相济之“严格”政策的重要立法实践,并进而在司法层面实现对重点犯罪的有效追诉。

再次,刑事推定理论与规则设计问题研究是对我国刑法典与司法解释中已经存在的推定性规范设计的回应。一般认为,我国现行刑法明文规定的推定性规范有二,即第282条第2款规定的非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪和第395条规定的巨额财产来源不明罪属于推定规范。至于司法解释中的推定性规范则数量较多,主要集中在对分则“明知”和“非法占有目的”对象的证明方面。然而,这些被贴上刑事推定标签的刑法条文与司法解释,除能够现实地解决司法实务犯罪认定困难的“功利”需求而外,其自身的文本设计是否具有合理性,是否能够充分发挥刑事推定的功能作用?识别、梳理与完

① 储槐植:《刑事一体化论要》,北京大学出版社,2007年版,第18页。

② 褚福民:《刑事推定的基本理论——以中国问题为中心的理论阐释》,中国人民大学出版社,2012年版,第2页。

③ 此处对该概念作狭义理解,即仅指刑法和刑事诉讼法。

善既有的刑事推定性规范，具有一定的理论价值和实践指导意义。

最后，刑事推定理论与规则设计问题研究有助于刑法基础理论研究的深化。犯罪构成理论是刑法学犯罪论部分的核心理论。不论是英美法的“双层模式”犯罪构成体系，抑或是大陆法的“递进式”三要件犯罪构成体系，皆蕴涵着推定的机理，而承载着推定功能的犯罪构成设计更有益于增强其可证明性，有益于彰显刑法法益保护的机能。我国的对偶式四要件犯罪构成体系呈现平面拼合关系特征，各要件之间缺乏推定的机能，其在犯罪证明方面的不足是显而易见的。以刑事推定为切入点研究犯罪构成理论，可以拓展该理论的研究视域，使我国犯罪构成理论的研究更加开阔和深入。

## 二、研究的内容

深入探究刑事推定的基础理论问题，为认定具有一定困难性的待证事实创制科学的推定规则是本文研究的核心问题。围绕该问题，文章研究的主要内容包括：

作为专门的法律术语，推定的概念十分混乱，素有“法律之蝙蝠”的称谓。尽管法律和学者们对于推定概念的界定林林总总，但共同之处在于皆认可推定是一种有效的根据已知事实得出推定事实的事实认定机制或规则。推定的属性包括基础事实的客观性与确定性、特定关系的常态性、有效反证的阻断性、证明责任的转移性和事实认定的强制性。

推定的属性是推定识别的标准，只要完备推定的属性，不论规范是否被冠以“推定”之名，皆可认定为推定性规范。同



理，即使规范以“推定”相称，但缺乏推定的确定特性，仍应被排除在推定性规范范围之外。正确理解和识别推定性规范，是推定规则创制与规制的前提。在我国现行刑事立法中，第282条第2款非法持有国家绝密、机密文件、资料或其他物品罪和第395条第1款巨额财产来源不明罪的法律规定蕴涵推定的机能，是推定性规范；在既有的司法解释和非司法解释规范性文件，亦不乏蕴涵推定机理的规定。

依据和效力是区分法律推定与事实推定的标准，依据影响力，但有时依据范围的划定也受效力的指引。以依据的非司法解释性和效力的“强制”适用性为基本特征的所谓准法律推定，不具有成为法律推定与事实推定之外的独立推定种类的适当性和必要性，将其纳入法律推定的范畴予以创制和规制应当成为我们当下相对合理的选择。

刑事推定与无罪推定的关系关涉推定在刑事法领域的适用是否具有正当性的根本问题，理顺二者的关系对于促进刑事推定理论研究的意义重大。刑事推定规范具有专门的结构和效力特征。在规范的适用中，被告人承担证明责任的属性为主观证明责任，符合客观证明责任始终固定于控诉方的无罪推定要求；被告人针对推定事实有效反驳的标准低至“真伪不明”的程度，亦与控诉方对于基础事实与全案事实的证明必须达到法定最高标准的要求一致。刑事推定完全契合作为证明责任分配准则的无罪推定的精神，二者不相矛盾。

刑法与刑事政策的关系密切，刑法的制定与实施一直以刑事政策为指导，而刑事政策的是非优劣也通常以刑法的适用状况作为检验标准。刑法与刑事政策之间的紧密联系可以归结为两个相关的命题：刑法的刑事政策化和刑事政策的刑法化。刑事政策的需求是推定存在的理由，易言之，刑法刑事政策化或

者刑事政策刑法化的实现有时需要以推定性规范的创制为路径。刑法的制定和修改应当以一定的刑事政策为依据，作为刑事事实法的重要内容，推定必然与其他法律规范一样以刑事政策为指导，体现并力图实现刑事政策。就宽严相济的刑事政策而言，严格是“严”的应有之意，而对于“严”之严格意义的实现，推定的运用大有裨益。

刑罚权由私行权发展而来，具有“公权”的特质，理性限制刑罚权是正义的诉求、刑法谦抑的要求和法治社会的需要。刑罚权并非空洞无物，而是以制刑权、求刑权、量刑权和行刑权四种形式表现于刑事法律活动的不同阶段。推定的创制与刑罚权限制的关系，主要体现为与制刑权限制的关系。推定是指基于法律明文规定的规范，而在刑事法领域，其中的“法律”应当仅指刑典。刑法可以针对怎样类型的犯罪以及怎样的犯罪构成要件要素创制推定，实则牵涉刑罚权的正当范围问题，推定的创制必须要满足刑罚的必要性与相当性要求。

分则明知是相对于犯罪故意一般因素之明知的概念，强调对特定内容的明知，二者之间为并列关系。通常认为，明知包括知道和应当知道。严格责任经历了由绝对责任向相对责任的演进过程，相对责任置身于责任主义的框架下，实为一种可反驳的推定。对于毒品、幼女、赃物等的明知，可以创制推定规范。

受贿犯罪推定认定是解决司法实务中“一对一”问题的有效路径。在我国，确立受贿犯罪推定规则具有相当的合理性。受贿犯罪推定规则的内容至少应当包括适用范围的特定性、适用条件的限定性与适用结论的可反驳性三个方面。

徇私是证明徇私类渎职犯罪成立的当然对象，却因其归属于主观动机的性质而成为司法实务证明的难题。推定规则的运

用可以实现对徇私的有效认定，即配置徇私情节的证明责任给被告一方，控诉方只需证明被告人故意实施了渎职行为即可认定渎职犯罪成立。

作为解决诉讼证明困难的技术性手段，推定在认定非法占有目的犯罪的司法实践中发挥着积极的作用。然而，以客观要件行为径行推定非法占有目的的推定适用中的误区亦应当引起足够的重视。非法占有目的是责任要素，是对故意意志因素的补充，需要特别证明；同时，推定固有的局限性决定其不是万能的，应当倡导非法占有目的认定方法的多元化。

### 三、研究的方法

对于刑事推定理论与规则设计问题的研究，笔者主要使用了如下方法：

语义分析方法。研究运用语义分析的方法阐释推定概念的内涵与外延，揭示推定的本质，为刑事推定规则的科学创制奠定概念基础。

比较研究方法。考察国外的相关制度规定，借鉴国外的先进经验，并予以本土化分析，确保规则设计的合理性。

实证研究方法。对刑事立法与司法中的推定性规范进行梳理，进行实证分析；对法院运用推定性规范裁判的个案进行数据统计和调研分析，解剖现有规范设计与实务操作问题，确保规范设计的可行性。通过实证了解实践，发现、总结实践中的问题并在此基础上形成理论层面的提升，彰显理论研究对于司法实践的关注和回应，密切理论与实践的关系。不仅有“我认

为”，更有“我发现”。<sup>①</sup>

刑事一体化研究方法。作为研究方法的刑事一体化，强调刑事法诸学科间的“深度融通”，在“关系”中研究刑事法问题，是“多方位立体思维的方法”。<sup>②</sup> 刑事推定问题横贯刑事实体法与程序法，基于刑事一体化的立场，采用交叉学科的研究思路是促进该问题研究走向深入的必要条件。本文试图弥合、破除刑法与刑事诉讼法学科间的罅隙与隔膜，对推定的理论与规则设计问题进行系统研究。不论是对刑事推定存在的合理性论证，还是对具体规则的完善与创制设计，研究皆着眼于刑法与刑事诉讼法关系的协调，并强调程序对于实体具有适度的优先性。

① 白建军：《法律实证研究方法》，北京大学出版社，2008年版，第1页。

② 储槐植：《刑事一体化论要》，北京大学出版社，2007年版，第13、18页。

## 第一章 推定的界定

“概念是解决法律问题所必需的和必不可少的工具。”<sup>①</sup>厘定推定的概念是探讨推定问题的起点，更是引领推定问题研究走向全面和深入的关键。

### 一、推定的概念

推定是一个古老的术语，早在古典时代即已存在于法律推理之中，意指“在缺少进一步相关信息的情况下接受某事物，而这些信息通常被认为为证明该事物所必需。”<sup>②</sup>在通常意义上，推定等同于推论，归属于推理规则。然而，法律规范意义

<sup>①</sup> [美] E·博登海默著：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社，1999年版，第486页。

<sup>②</sup> [美] 尼古拉·雷舍尔著：《推定和临时性认知实践》，王进喜译，中国法制出版社，2013年版，第1页。

上的推定则不同，其强调的是推定的结论及其稳固性。

作为专门的法律术语，推定的概念“十分混乱”<sup>①</sup>，素有“法律之蝙蝠”的称谓。颇具代表性的表述包括：

《布莱克法律辞典》的解释：“推定是对某事实存在的法律推断或假定，其基础在于已知或者已被证明存在的一个或一组事实。”<sup>②</sup>

《牛津法律大辞典》的表述：“推定，在证据法中，指从其他已经确定的事实必然或可以推断出的事实推论或结论。”<sup>③</sup>

《法国民法典》第1349条将“推定”界定为：推定系指“法律或审判员依已知的事实推论未知的事实所得的结果。”<sup>④</sup>

《美国加利福尼亚证据法典》第600条（a）款规定：“推定是一种事实的假定，即法律要求从另一事实或事实组中得出或在诉讼中加以确认。推定不是证据。”<sup>⑤</sup>

美国西北大学乔恩·华尔兹教授认为：“推定是关于某事实存在与否的推断，而这推断又是根据其他基础或基本事实来完成的。”<sup>⑥</sup>

① 德国著名诉讼法学大师罗森贝克有言：“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”。（参见〔德〕莱奥·罗森贝克著：《证明责任论》，庄敬华译，中国法制出版社，2002年版，第206页。）

② Presumption; a legal inference or assumption that a fact exists, based on the known or proven existence of some other fact or group of facts. Bryan A. Garner: Black's Law dictionary (seventh edition), West Group, 1999, p. 1203.

③ 〔英〕戴维·M·沃克著：《牛津法律大辞典》，邓正来等译，光明日报出版社，1988年版，第715页。

④ 转引自〔美〕尼古拉·雷舍尔著：《推定和临时性认知实践》，王进喜译，中国法制出版社，2013年版，第1页。

⑤ 何家弘、张卫平：《外国证据法选译》（下卷），人民法院出版社，2000年版，第960页。

⑥ 〔美〕乔恩·R·华尔兹著：《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314页。

英国诺丁汉大学约翰·史密斯教授主张：“推定是事实认定者在某个或某组事实——称为 A 和 B——已经证明的基础上必须或者可以推定另外一个事实 C 存在的规则。”<sup>①</sup>

日本学者田口守一对推定的界定是：“从 A 事实（前提事实）推认 B 事实（推定事实）。B 事实难以证实时，可以用比较容易证实的 A 事实推认 B 事实的存在。”<sup>②</sup>

西北政法学院裴苍龄教授认为：“推定是指通过对基础事实与未知事实之间常态联系的肯定来认定事实的特殊方法。”<sup>③</sup>

中国人民大学何家弘教授以“三层递进”的标准界定推定的概念，认为推定“是对未知案件事实或争议事实的认定”，“是以推理为桥梁的对未知事实的间接认定”，“是关于这种事实认定的法律规定”。<sup>④</sup>

尽管法律和学者们对于推定概念的界定林林总总，但共同之处在于皆认可推定是一种有效的根据已知事实得出推定事实的事实认定机制或规则。

## 二、推定的属性

推定概念的描述是抽象而简约的，剖析推定的属性对于准确把握推定的含义更具有实际的意义。笔者以为，推定的属性

---

① Presumptions are rules whereby on proof of a certain fact or facts, say A and B, the trier of fact either must, or may, presume the existence a further fact, C. John Smith: *Criminal Evidence*, Sweet & Maxwell Limited, 1995, p. 47.

② [日] 田口守一：《刑事诉讼法》，刘迪等译，法律出版社，2000年版，第227页。

③ 裴苍龄：《再论推定》，载《法学研究》2006年第3期。

④ 何家弘：《论推定概念的界定标准》，载《法学》2008年第10期。

至少包括如下五个方面。

### （一）基础事实的客观性与确定性

基础事实是推定的前提和基础，基础事实的质量优劣直接影响推定结论的正确与否。基础事实的客观性亦即真实性、确实性，强调基础事实的内容是真实的、客观存在的，不是司法裁判者主观臆想或者虚构的。因此，控诉方对于基础事实的证明需要达到“证据确实、充分”的程度。有观点认为，“作为推定前提的基础事实不要求客观性，只需要确定性或者实在性即可。”<sup>①</sup>笔者认为值得商榷。“确定”不等于“真实”，建立在“真实”的基础事实之上的推定事实才可能是正确的结论。

基础事实可以是一个，也可以是几个。但是，基础事实必须是确定的。确定性即非开放性。诸如“其他知道或者应当知道是假冒注册商标商品的情形”<sup>②</sup>，“以其他方法隐瞒真相，逃避对易制毒化学品依法监管的”<sup>③</sup>等规定，有背基础事实的确定性属性。

### （二）特定关系的常态性

推定在基础事实与推定事实之间建立一种特定的关系，而该“关系”的基础是体现人类经验积累和智识发展的经验法则和逻辑规则，即通常而言的“常态联系”。常态联系是人们在

<sup>①</sup> 徐剑铎：《非法占有目的推定应把握两项禁止性规则》，载《人民检察》2015年第24期。

<sup>②</sup> 2004年12月8日，最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第9条关于“明知”的规定。

<sup>③</sup> 2009年6月23日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理制毒物品犯罪案件适用法律若干问题的意见》第2项“关于制毒物品犯罪嫌疑人、被告人主观明知的认定”的规定。



长期的生产、生活中通过对经验意识的不断积累、沉淀而获取的一种因果关系经验，即当 A 现象出现时，一般情形下 B 现象会伴生出现。A 现象与 B 现象的伴生关系尽管不具有必然性，但却有着较高的盖然性。

### （三）有效反证的阻断性

基础事实的客观性及其与推定事实关系的常态性，并不能必然得出推定事实成立的定论，只有在缺乏被告方有效反证的情形下，对于推定事实的认定才具有结论性。详言之，首先，推定允许反证。经验法则与逻辑规则是推定设置的重要依据，经验法则获得于归纳推理的方法。囿于归纳的不完全性弊端，以其为推理方法获得的经验法则，进而以经验法则为依据的推定结论必然具有或然性。于是，允许被告方反证是保障推定正当性的基础，所谓不允许反证的“决定性之推定”不是推定。正如美国学者摩根所言：“例如某人之年龄未满七岁之事实业已确立，则某人即无犯重罪之能力，自为决定性之推定。此仅系对于实体法上一种法则说明之方法，即未满七岁之人依法不能论以重罪而已”。<sup>①</sup>其次，反证必须有效，只有有效的反证才能阻断从基础事实到推定事实的证明链条。易言之，并非任意反证皆可推翻推定的效果，反证需要在证据的质和量上皆达到一定的要求。

关于反证的方法，概括而言有二：一是举相反证据来证伪；二是提出足以令人信服的辩解证伪。“在司法实践中，司法者往往要求被告拿出证据来证伪，对第二种证伪方式基本上置之不理。而目前我国被告人的举证能力又十分有限，因

<sup>①</sup> 转引自龙宗智：《推定的界限与适用》，载《法学研究》2008年第1期。