

博士文丛

BOSHI WENCONG

邓子滨 / 著

刑事法中的推定

XINGSHIFA ZHONG
DE
TUIDING

04



中国人民公安大学出版社



刑事法中的推定

邓子滨 著

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目(CIP)数据

刑事法中的推定/邓子滨著. —北京:中国人民公安大学出版社,2003.10

(博士文丛)

ISBN 7-81087-484-5

I. 刑... II. 邓... III. 刑法—研究
IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 090897 号

刑事法中的推定

XINGSHIFA ZHONG DE TUIDING

邓子滨 著

出版发行:中国人民公安大学出版社

地 址:北京市西城区木樨地南里

经 销:新华书店

邮政编码:100038

印 刷:河北省抚宁县印刷厂

版 次:2003年10月第1版

印 次:2003年10月第1次

印 张:5.875

开 本:850毫米×168毫米

字 数:144千字

ISBN 7-81087-484-5/D·387

定 价:12.00元

本社图书出现印装质量问题,由发行部负责调换

联系电话:(010)83903254

版权所有 翻印必究

E-mail:cpep@public.bta.net.cn

序

邓子滨的博士论文《刑事法中的推定》经大幅补充修订后,即将由中国人民公安大学出版社出版,他请我为该书作序。我作为他的博士生导师曾经指导了这篇论文的写作,作序之请义不容辞。

当邓子滨确定博士论文选题时,是我建议他研究推定问题的,尤其是从实体法的角度确立推定的一般规则。事实上,推定作为法学中的一个重要问题,从立法到司法,从实体法到程序法,从民商法到刑事法,从一般原则到具体规则,都涉及到推定。推定作为一个认识论问题,是指根据查明的已经存在的基础事实和人们在大量社会实践基础上总结出来的行为规律或经验法则,来作出某种判断,判断的内容是某事物的存在、不存在或该事物的状态,并允许当事人提出反证予以推翻。简言之,推定的逻辑学含义是从已知事实认识未知事实。因此,推定具有某种司法认识论的性质。在经开题论证最终确定这个选题的时候,我深知这是一个难题。现在展现在读者面前的,就是邓子滨博士的研究成果。我认为,这篇论文虽有不尽如人意之

处,但基本上较为圆满地实现了写作初衷。

理论与实践相结合,是本文写作的第一个特点。全文分为理论上的推定与实践中的推定这样两个组成部分。理论上的推定,是对推定一般原理的探讨,涉及推定的含义、作用、根据和理由等一般性问题。在这当中,作者对推定的价值取向作了较为客观的分析,他指出:推定带来效率,带来便利,但用之不当,也必然带来侵犯公民权利的后果。立法推定和司法推定,其控方推定主体总是掌握权力的一方,推定既然这样便利,由于人性使然,有权者会乐于使用推定作为实现自己目的的手段。因此,它是一个温柔的陷阱,必须加以严格的限制。温柔的陷阱,是对推定功用的一个十分深刻的认识,也是在司法活动中适用推定时必须警惕的。基于对推定的这样一种深刻的理论把握,作者以刑事立法与刑事司法为背景,进一步论述了实践中的推定。作者强调从实践中总结出推定的规则,尽管认为这是一项不可能的任务,但还是作了尝试与努力,取得了重大的进展。推定不是一个纯理论问题,脱离实践会如堕云雾不知所云;推定尽管是一个实践问题,但不从理论上予以把握,就会迷失方向不知所然。本文从理论与实践两个视角研究推定,在方法论上是成功的,也使我们推定获得了新知。

立法与司法结合,是本文写作的第二个特点。推定本身就贯穿立法与司法两个领域。立法上的推定是指作为一种立法方法的推定;司法上的推定是指作为一种司法方法的推定,因此,推定既是一种立法现象又是一种司法现象。当然,更为重要的是司法中的推定,本文对此也作了深入的阐述。其实,推定是司法认知的一个重要方法。我国以往在法理学上,对推定缺乏深入研究,因而在司法活动中还不能正确地运用推定方法来确定某一法律事实。这里关键是缺乏应有的推定规则,没有规则的推定是十分可怕的,会演化成司法擅断。

实体法与程序法相结合,是本文写作的第三个特点。以往对推定的定位,往往将其囿于程序法领域,尤其是证据法领域。而作者认为,在实体法上同样存在推定问题。因此,探讨实体法上的推定,包括正确地界定实体上的推定与程序法上的推定,是本文写作的一个重要任务。作者从刑事一体化的角度,探讨了推定作为一种技术如何起到了缩短实体与程序距离的作用,这是具有重大意义的、值得充分肯定的观点。作者认为,实体与程序是有距离的,因为立法在设置实体规则的时候是以对司法实践的归纳总结为基础的,这种归纳总结不可能囊括既存的所有现实情况,更不可能完全精确地预见未来。因此,实体规则制定出来以后,难免与司法实践中的程序操作相脱节。而推定能够在一定程度上弥补这种脱节,从而起到缩短实体与程序距离的作用。这一论述,我认为是令人信服的。

除内容上的特点以外,我认为本文在写作方法和语言表述上也别具特色。和动辄数十万字的鸿篇巨制相比,本文不过十数万言而已,在目前的博士论文中篇幅是较小的。但本文短小精悍,绝无废话,也没有当下学位论文中十分流俗的程式化的现象,而是言之有物,按照事物自身的逻辑层层推进,引人入胜。尤其是本文还引用了一些案例,包括英美法的判例,使自己的观点更具有说服力。当然,我一再强调,本文并非完美,缺点在于缜密的论证还显不足。作者擅长于穿针引线式的铺陈,逐渐展开命题,但在紧要处却往往未能深入地进行层层递进式的论证。因而许多论述虽不乏思想火花,但却有浮光掠影之感,无人木三分之力。这既是一个表述方法问题,也是一个研究方法问题,作者不可不引起警觉。

在我的学生中,邓子滨是一个勤奋的人。在三年博士生期间,他除完成博士论文以外,还翻译出版了86万字的《法律之门》一书,评价较高。现就职于中国社会科学院法学研究所,专

门从事理论研究工作。我寄厚望于邓子滨,能在刑法理论上有更大的收获。

是为序。

陈兴良于北京蓝旗营寓所

2003年7月7日

绪 论

推定,在刑事法^①领域是一个兼容刑法和刑事诉讼法的跨学科问题。之所以选择《刑事法中的推定》这样一个题目,是因为推定乃刑事实体法与刑事程序法的联结点之一。以推定为研究视角,可以关照整个刑事法,从而尝试贯彻刑事一体化的思想,^②并且为刑事司法实践提供关于推定的理论依据和运用规则。

本书的写法采用命题论证的形式,有意回避传统的、教科书式的写作模式,没有面面俱到地解释文中涉及的所有概念,也没有奢望回答所有问题,而是紧紧围绕“刑事法中的推定是什么”这样一个问题,着力从丰富的实例中汲取营养,并在借鉴、参考相关理论的基础上对推定问题展开论证。同时,本书在写作风格上也有所尝试。

关于推定,19世纪末20世纪初的德国法学界曾进行过比较充分的讨论,讨论基本上是在民事法律的范畴内进行的,但讨论者最终坦率而无奈地承认:“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法学界虽然一致公认推定是一个非常重要的问题,但从没有就“何谓推定”达成过共识,也没有形成权威定论。在民事法领域是如此,在刑事法领域

^① 本书中,刑事法仅指作为刑事实体法的刑法和作为刑事程序法的刑事诉讼法,没有将犯罪学、监狱学等学科包括进来,也没有涉及国际刑法等边缘学科。

^② 刑事一体化是储槐植教授首倡的,原初强调的是犯罪学、刑法学和监狱学一体化,渐趋丰富为刑事实体法与刑事程序法的一体化,这是本书作者的理解。

^③ [德]莱奥·罗森贝格著,庄敬华译:《证明责任论》,中国法制出版社2002年版,第206页。

里更是如此。

可以认为,所谓推定,就是根据查明的已经存在的基础事实和人们在大量社会实践基础上总结出来的行为规律或经验法则,来作出某种判断。判断的内容是某事物的存在、不存在或该事物的状态,并允许当事人提出反证予以推翻。推定,既是一种判断,也是一种判断的方法,更是一种运用证据的手段。

推定的基础是事物发展的规律性及事物普遍联系的哲学观点,表现为据以作出推定的基础事实和所要推出的事实之间普遍的共存关系。即当基础事实存在时,在绝大多数情况下,所要推出的事实也存在。这样的常态联系是人们通过长期、反复的实践所取得的一种因果关系经验。推定的依据包括法律规定和经验法则,并且涉及推定的法律规定也是以经验法则为基础的。推定的救济方法是当事人提出反证,用反证来推翻所作出的推定,从而使推定失去效用。但是,如果没有具有说服力的反证,则推定的结论自然成立。

推定,在实体法上原本是一个纯正的民法概念,比较典型的是推定失踪、推定死亡等。同时,推定在程序法中也有相当的运用,主要被看做证据证明的辅助手段。而本书所要研究的是推定在刑事法领域中的理论和实践,这种研究不应局限在刑事程序法领域,更应扩展到刑事实体法领域,从刑事一体化的角度关注推定的理论与实践。应当说,本书在写作过程中,没有成熟的理论框架可以参照,也没有比较公认的概念可以借助,更没有令人信服的结论可以发挥。因此,本书对推定问题的研究是尝试性、探索性的,所做的答案也难免偏颇乃至错误。不过,作者相信,对于刑事法领域中推定问题的研究是有价值的。

本书分上、下两篇,上篇为“理论上的推定”;下篇为“实践中的推定”。

上篇论述的主要问题是推定的含义、作用、基础和理由。从

“推定”一词的日常语义到专业内涵入手,主要解决推定的分类和证明责任分担问题,同时肯定推定在刑事实体法上的地位。从刑事一体化的角度,探讨推定作为一种技术如何起到了缩短实体与程序距离的作用。推定以经验法则与常态联系为基础,但是,经验何以成为法则?究竟怎样频度的联系才算常态联系?这些都是纠缠不清的问题,也许,要对经验与因果问题进行量化,本身就是徒劳而不切实际的。推定的理由这个问题,确切地说应是一个政策性問題。本书试图分析推定的价值取向是公民权利保障优先还是国家权宜政策优先,这个问题是无法给出惟一答案的。因为推定本身就是多元指向的——既有以个人权利为宗旨的推定,也有以国家权宜政策为追求的推定。况且,由于立论者本身的观点不同,也会导致不同的价值取向。

下篇论述的主要问题都是以刑事立法与司法的实践为背景的。对于有罪推定和无罪推定这个永恒话题的追问是以推定主体为切入点,按照司法进程,描摹出一条从有罪推定到无罪推定的轨迹。中外刑事立法上的推定不胜枚举,只能择其要者。中外刑事司法中的推定,最为重要的是从实践中总结出推定的规则,但这无疑是一项不可能的任务,只能作尝试性的冲刺。在刑事法领域,推定发挥作用的典型是大陆法系犯罪体系中构成要件符合性对违法性、有责性的推定机能。着力落笔于此,既因为这里纯然是刑法的疆域,还因为本书作者一向赞赏大陆法系递进式的构成要件设置。认为它绝好地展现了刑事实体法与刑事程序法的契合,因此始终不能抑制拿来主义的冲动。但以本人的绵薄之力,只能将拿来的冲动转化为推介的努力,推介绝不应沦为简单的介绍,而应有理论上的拓展。好在推定问题在刑事法领域的探讨尚属初步,不当之论自有大方之家惠正。

目 录

序	(1)
绪 论	(1)

上篇 理论上的推定

一、推定的含义——从普通用语到专业术语	(3)
(一)作为普通用语的推定	(3)
(二)作为专业术语的推定	(5)
(三)推定的分类	(11)
(四)推定的定义和特征	(17)
二、推定的作用——缩短实体与程序的距离	(19)
(一)推定既是实体的也是程序的	(19)
(二)程序意义上的推定	(23)
(三)实体意义上的推定	(26)
三、推定的基础——经验法则与常态联系	(30)
(一)经验常识与前理解	(31)
(二)推定与疫学上的因果关系	(35)
(三)推定与可判定性	(38)
(四)推定与信赖原则	(41)
(五)推定与陪审团自由心证	(43)

- 四、推定的理由——公民权利保障与国家权宜政策 (48)
- (一) 摇摆于公民权利保障与国家权宜政策之间 (48)
 - (二) 案例引出的不利于官方的推定 (54)
 - (三) 允许个别情况下的国家权宜政策优先 (59)
 - (四) 推定——一个温柔的陷阱 (65)
 - (五) 对于盖然性证明即推定的一次否决 (71)

下篇 实践中的推定

- 五、从有罪推定到无罪推定——以推定主体为视角 (79)
- (一) 有罪推定的内容 (79)
 - (二) 有罪推定的主体 (81)
 - (三) 无罪推定的内容 (84)
 - (四) 无罪推定的主体 (89)
 - (五) 法官之作为推定主体的特殊性 (91)
- 六、刑事立法上的推定 (94)
- (一) 普通法上的立法推定 (95)
 - (二) 加拿大刑事法典的启发 (99)
 - (三) 立法上的疑罪从有 (104)
 - (四) 我国刑事立法推定之例举 (107)
 - (五) 制定法上的推定——排除难以证明的要件 (109)
 - (六) 立法推定中的原则与例外 (111)
- 七、刑事司法中的推定 (113)
- (一) 刑事司法推定的规则 (114)
 - (二) 刑事司法中对于主观心态的推定 (119)

八、推定的机能——以大陆法系犯罪构成要件为分析工具	(136)
(一) 构成要件——据以作出推定的判断框架	(137)
(二) 构成要件符合性与违法性之间的推定关系	(141)
(三) 两阶段说对于推定机能的威胁	(144)
(四) 构成要件推定机能的扩展——推定具备有责性	(149)
(五) 构成要件推定机能的例外——违法阻却或责任阻却	(152)
(六) 构成要件推定机能在不作为犯领域的适用	(156)
结 论	(162)
参 考 书 目	(164)
后 记	(173)

上 篇

理论上的推定

一、推定的含义

——从普通用语到专业术语

(一) 作为普通用语的推定

“推定”一词，《辞源》、《辞海》皆不可考，惟《现代汉语词典》释以“推举确定”与“经推测而断定”之义，^①后者接近本书所论推定之字面含义。推定，即推而定之。“推”、“定”二字，推是核心与关键。推，本指推算、推知，^②亦有推断、推求之义；^③定，在此是指断定、决定或者确定，是推的结果。由推至定，是一个动态的过程，其间蕴涵了一系列的规则。推定既可以作为动词，也可以作为名词。

在现代汉语里，“推定”是一个比较通俗易懂的概念，但却不是很常用，在人们日常的交谈中，我们甚至很少听到这个词，也很少在普通书刊上看到它。偶尔在非法律专业的场合使用“推定”一词的时候，其含义无非是指在没有十足把握的情况下作出某种判断。这种判断隐含了这样几层意思：一是没有十足的把握；二是已经作出了某种判断；三是有必要作出这种判断，即使我们知道尚无十足的把握。这几层意思还可以进一步展开：以什么标准来衡

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆（2002年增补本），第1280页。

② 《荀子·不苟》：“天不言而人推高焉，地不言而人推厚焉。”《史记·考文本纪》：“丞相推以为今水德，始明正月上黑事，以为其言非是，请罢之。”

③ 《荀子·富国》：“故自天子通于庶人，事无大小多少，由是推之。”《史记·十二诸侯年表》：“上大夫董仲舒推春秋义，颇著文焉。”

量是否有十足的把握？在自知没有十足把握的情况下，我们是否认为所作的判断依然是八九不离十的？是否有某种比较重大而迫切的追求，使得我们必须在八九不离十的基础上作出一个八九不离十的判断，但又允许以相反的事实来推翻这种判断？要想推翻既有的推定，反驳的力度应当有多大？如果不进行反驳，所作的推定是否就当然成立？实际上，这里的几层意思以及在此基础上展开的提问，就是以普通用语来表达的、本书所论推定的题旨。

就推定的辞源问题而论，我们可以很有把握地说：“推定”在汉语中并不是古已有之的，而是一个近代后起的词。这一判断，在某种程度上说，本身就是一种推定，因为没有找到确凿的辞源学上的根据，但这一判断也不是凭空臆想的。现在所能掌握的资料显示，清末沈家本引介西法之前，“推定”一词在汉语中是没有的。我们可以暂且假定^①“推定”一词是随着无罪推定(Presumption of Innocence)观念的引入而生成的，它的使命就是为了完成法律移植，“推定”一词在承接“presumption”的过程中逐渐丰富了自己的技术内涵。当然，以后的新资料可能否定现在的判断。这就像是在考古学中对于历史年代或者时间的推定，现有的推定可能被将来出现的考古新发现所推翻。但在这种新证

^① 因为“假定”只是判断或论述的起点，不一定是真的，况且我们这里所假定的事实本身，在法史学以外的领域并没有太大的意义。有学者指出：推定和假定是不同的。推定只有推翻才无效，假定只有证实才有效；推定无需证明其真，假定无需证明其假；推定使证明责任转移，假定不存在证明责任问题；推定是认识的结果，假定是认识的开始。参见崔苍龄：《论推定》，载《政法论坛》1998年第4期。我认为，推定不一定是认识的结果，它还可能是判断方式本身；推定也未必“无需证明其真”，恰恰相反，推定不仅允许而且需要反驳，反驳的过程就是证明的过程，反驳失败，也就证明了推定之真。也有的学者没有注意区别假定和推定，而是直接将推定定义为假定，例如，推定是根据某一事实（基础事实）的存在而做出的另一事实（推定事实）存在的假定。参见赵朝、刘海峰：《试论证据法上的推定》，载《法律科学》1998年第1期，第20页。