

文章编号:1005-0523(2011)02-0097-05

# 论民事推理的适用规则

罗时贵<sup>1</sup>,袁彩红<sup>2</sup>

(1. 江西科技师范学院法学院,江西 南昌 330038; 2. 南昌市东湖区法院,江西 南昌 330006)

**摘要:**为避免对民事推理概念进行“定义式”和“特征性”的传统套路的描述方法,在考察英美法和大陆法传统分类的基础上,尝试地将民事推理建构为推定型、拟制型和推论型来理解民事推理的内涵,并针对不同形态下的民事推理模型,逐一构建不同的推理规则和条件,以达到理论识别中概念的准确性和司法裁判运用推理的正确性。

**关键词:**民事推理;类型;推理规则

**中图分类号:**D913

**文献标识码:**A

## 1 问题思路和研讨方法

诚如哈特所言,由于语言的开放结构(open texture),导致法律规则具有开放结构,因此,“法律的开放结构意味着,存在着某些行为领域,这些领域如何规范必须由法院或官员去发展,也就是让法院或官员依据具体情况,在相竞逐的利益间取得均衡”。<sup>[1][30]</sup>即赋予法院或官员自由裁量权而创制新法。在疑难案件中,赋予法官自由裁量权而裁决案件,对法官行使自由裁量须有边际约束,否则就陷入强意义上的自由裁量而沦为法律实用主义阵营,“法律仅仅是由法院的决定和对法院决定的预测所组成”的法律预测论<sup>[1][31]</sup>。在我国,由于法官遵循严格意义上的法定主义,在出现疑难案件时会遭遇到裁决的尴尬局面,并且个案裁决的效果经常会产生社会轩然大波,如南京“彭宇案”所引起的蝴蝶效应。因此,本文的探讨旨趣立足于我国现有的法律框架体系内如何审视和裁判疑难案件,这既是实体法的本体论的探讨问题,亦是审判实践的裁判方法论问题。本文从两个方面进行考证,一是对民事推理本身涵义的考究;二是如何构造民事推理的具体规则,这样即可杜绝法官任意下的自由心证,去追求和吻合法条书的本旨和目的;同时又赋予法官自由裁量避免裁判的机械化、程式化的套路而适应社会发展的需求。在论证之前,需要特别说明的是:为了清晰地论证推理的内涵,笔者设定了上位概念(推理)和下位概念(推定、拟制和推论)的区分。在传统的英美法理论中,仅用“推定”的一个集合性抽象概念,这样无法展示推定与拟制的区别。本文在行文方面,沿用了英美传统语境下的“推定”说话,但这一“推定”在笔者的语境中应为“推理”的内涵。

## 2 民事推理的内涵界定

推理,即英语中的 Reasoning,是个比较宽泛的概念。在法理学的描述中,法律的适用过程就是一个证成过程,必然会涉及到法律的推理问题,法律证成也为此分化为内部证成,即法律决定是按照一定的推理规则从前提中推导出来;与外部证成,即对法律决定所依赖的前提进行推理证立。因此,本文避开教义学的定义方式,借助英美法系和大陆法系传统中对民事推理的类型化分析来理解和界定民事推理的内涵。以下行文在推理名称的援引方面尊重了不同法系的称谓,在介绍前见的基础上笔者再对推理概念做个有效的归纳和梳理,以准确界定推理的内涵。

### 2.1 英美法上的分类

英美法理论上一般把推定分为:

1) 不可反驳的法律推定。这一类推定实际上不能被反驳,或者不能被证据所推翻的固定的法律原

收稿日期:2010-11-03

作者简介:罗时贵(1969—),男,副教授,硕士,研究方向为民商法学、法理学。

则。从实质来看,它更类似于法律上的拟制,属于实体法的范畴。英国学者奥斯丁把这一推定界定为“纯属实体法而非诉讼法上的问题,即为法律上的设定,其效果等于实体法”。<sup>[2]636</sup>

2) 可反驳的法律推定。它同样属于法律的创制,与不可反驳的推定最大区别在于它的法律推定并非结论性,它只能为事实提供表面看来确实无疑的证明,这种证明可以被否定它的证据或者与它相冲突的更有力的相反的推定所推翻。只要基础事实被证明,法律就假定推定事实存在,主张推定事实不存在的一方当事人对此负有举证责任,因此,可反驳的法律推定具有转移推定事实的举证责任的作用。

3) 可反驳的事实推定。与前两者不同,它并非来源于任何法律的规定,而是源于特定案件中的具体事实,有人亦称之为推理,即“至于事实上的推定,实系逻辑上的推论或推理,即系根据通常的经验和自然理性,为逻辑上的演绎而得之结论”。推理完全属于裁判者自由心证的范围,由一定的基础事实推导出法律要件事实,对于事实裁判者没有任何强制效力。

## 2.2 大陆法上的分类

大陆法系国家和地区一般把推定分为法律推定和事实推定。法律推定是指立法者根据事实之间的常态联系,以法律形式规定若甲事实存在,则推定乙事实存在。如《法国民法典》第1350条规定:法律推定是指“为特别法所加于一定的行为或一定的事实的推定”。事实推定又称为诉讼上的推定或司法推定,是指法官根据经验法则,从已知事实为基础,推定应证明的事实真伪,纯属法官取决逻辑经验所至,故可称逻辑推理。如《法国民法典》第1353条规定:事实推定是指“由审判人员根据学识与智慧定之,但审判员只得为真诚的、正确的而且前后一致的推定,并且只于法律许可用人证的情形始得为之,但在以欺诈为原因而提起取消证书之诉的情形,不在此限”。我国台湾地区《民事诉讼法》第282条将事实推定规定为举证责任的一种例外情形,“法院得依已明了之事实,推定应证事实之真伪”。<sup>[3]45</sup>

值得注意的是,两大法系学者对事实推定的态度有所不同,英美法系国家的学者一般都主张推定应当包括事实上的推定,并指出法律上的推定仅可存在于非刑事诉讼中,而事实上的推定则可存在所有的诉讼中。大陆法系国家如德、日两国诉讼理论仅在广义上承认事实推定,而认为狭义上的推定仅指通常意义上的法律推定。

## 2.3 我国对民事推定缺乏法律规范上的分类

正如罗森贝格在其名著《证明责任论》一书中,开宗明义地指出:“到目前为止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概念”。<sup>[4]206</sup>我国学者在理论上几乎无一例外地把推定分为法律上的推定和事实上的推定,这种研究套路的分类,仍不能有效地揭示推定的内涵,法律理论和司法实践依旧呈现含混不清的状态,具体体现为:

1) 程序法上的模糊性。现行《民事诉讼法》证据章节中并没有关于推定的内容。1992年《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》)第一次提出了民事推定的概念。《意见》第75条第3款规定,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。2002年起实施的《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》)进一步完善和加强了有关民事推定的规定。《证据规定》第9条第1款第3项规定,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,当事人无需举证证明;第2款规定,当事人有相反证据足以推翻的除外。从上述两个司法解释规定的内容来看,强调的是举证责任规则和产生的后果,没有严格区分法律上的推定和事实上的推定,对法律推定的概念在法律规范中造成模糊的认识。

2) 实体法上缺乏体系化。民事推定横跨于民事实体法与程序法中,仅把民事推定当作方法论进行对待必然陷入认识上的误区。在现行的法律规范中,特别是《证据法》未然成形的情况下,我国的民事推定制度仅散见和依附于司法解释和诉讼法中的证据规则,没有形成单独的体系化规定。在民事实体法中,关于推定的规定更是极为复杂、相当混乱,没有阐释统一的推定概念,没有形成相互协调、相互补充的推定规则及其制度。如《民法通则》若干问题的意见(试行)第88条:对于共有财产,部分共有人主张按份共有,部分共有人主张共同共有,如果不能证明财产是按份共有的,应当认定为共同共有(该条已废止,仅引为论证的需要);《物权法》第103条:共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有,或者约定不明确的,除共有人具有家庭关系等外,视为按份共有。依两者法条的内容而言,是对共同共有属性不明

的推定,但两者推定结论则为完全相反的结果,从中可以说明法条书中对推定结论具有很大的任意性。再如,《物权法》关于拾得漂流物、发现埋藏物或者隐藏物的处理,参照拾得遗失物的有关规定,对于遗失物的善意取得问题,物权法是采取了认可适用的态度;但从《民法通则》第79条关于拾得物、漂流物的规定,其立法本旨是不能适用善意取得制度,因此,两者在关于漂流物的善意取得问题上通过法条书中所推定的结论却完全相反。因此,在我国实体法规范内,民事推定没有严格的体系化和制度化,而产生推定结论呈现矛盾的结果。正如有的学者指出:“有的虽使用了推定二字却不具有推定的实质,有的虽然在外观上酷似推定但并非真正的推定。即便都是推定,性质上存在的差异也使得它们对证明责任的影响有所不同”。<sup>[5]194</sup>

3) 民事推定的基础理论研究薄弱。从法律方法论角度来看,民事推定属于方法论的范畴,即我们通常观念中的形式逻辑范畴。多数学者的研究视域将其置入于程序法的探讨范围,这种研究的片面性必然会导致对民事推定制度缺乏整体性的研究思路,因为民事推定制度不仅是程序法的调整对象,实体法中亦蕴涵对推定规则的零散规定。从现有的关于推定制度的理论研究来看,目前未能发现系统化的专著出现,而仅分散于程序法和实体法的各自领域中的一些零散规则,对民事推定制度没有形成系统的研究,没有进行有效的梳理和细化的分析,造成立法层面上无法立竿见影,导致司法实践中滥用情形。

#### 2.4 说明性的分类

为了准确理解民事推理的内涵,笔者从分类学角度来考察推理的涵义,避免概念名称的重复,并结合英美法系和大陆法系已形成的传统认识,将其分为上位概念(即推理)和下位概念(推定、抑制和推论),推定和拟制类似于大陆法系中的法律上的推定,推论类似于大陆法系中的事实上的推定。这种分类形式,可以清晰地反映和界定三者的内涵和边界,以达到法官准确适用之目的。推论相对推定和拟制而言,是法官自由心证的反映,是依据社会经验规则和符合的逻辑所导出的事实状态。推定和拟制均来源于成文法的直接规定,排除了法官自由心证的结果,二者在当时的古代罗马法中是联为一体的,缺乏自身的独立性和系统性。英国的法律史学家梅因认为,“拟制在旧罗马法中,恰当地讲,是一个辩诉的名词,表示原告一方的虚伪证言是不准被告反驳的,比如原告实际上是一个外国人而提出他是一个罗马公民的证言即是。法律拟制的分布广泛,它们在完成其双重任务,即一方面改变一个法律制度,而另一方面又掩盖这种改变时所有的效率”。<sup>[6]</sup>由此可以看出,拟制的根本作用在于通过将甲事实看成是乙事实,从而扩大法律的适用范围。通常可以用公式表示,非A=A,即不是A把它视为A。其特点在于将纯属子虚乌有的事实强行确认其存在,或者将迥然相异的事实强行规定其相同,因而属于立法上的虚构。<sup>[7]126</sup>如《民法通则》第11条第2款:“十六周岁以上不满十八周岁的公民,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全行为能力人”。推定是指行为人表意不明确,基于规范上的要求,推定有某种意思表示的存在,或者将不明确的意思表示,推定为有特定的内容。其主要适用于意思表示的存否,特征在于法律所推定的意思表示通常与行为人的内心意思相符,从而区别于拟制特征。常态下可以用公式表示A=A,即把A认同A。如《合同法》第171条:“试用买卖的买受人在试用期内可以购买标的物,也可以拒绝购买。试用期间届满,买受人对是否购买标的物未作表示的,视为购买”。

此外,现行法律规范中还存在不具有明显上述特征的推定形式,但依然属于推定的范畴,如对事实状态的推定,《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第2条:相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡,如不能确定死亡先后时间的,推定没有继承人的人先死亡。死亡人各自都有继承人的,如几个死亡人辈分不同,推定长辈先死亡;几个死亡人辈分相同,推定同时死亡,彼此不发生继承,由他们各自的继承人分别继承。

推论是对所有能够解释事实的假设中优先选择一个假设的论证过程。它属于对发生过的前事实的一种推测,需要借助于经验规则和社会实践,在司法裁判中,由理性的法官所作出的一种常态性分析。比如,我们发现地面是湿地,而且观察到,如果在晚上天下雨,地面就会湿。因此,我们可以推论下列结论:昨晚上天下雨。推论是一种效力很弱的推理形式,它的推论结论是不确定的,因此,在适用推论过程中必须设置严格的推理规则(见下文论证)。

据此,我们可以清晰的获悉推理的内涵,笔者概括为,拟制和推定的目的是进行一定的创法功效,主要针对的是事实状态的不圆满及行为人的意思表示不明确而由法律确定其内容,并赋予法律终极效力。而

推论是对前事实状态进行一种合理的解释和论证过程,其效力是不确定的,推理统帅着拟制、推定和推论三种形态,并在各自的领域内发挥独特的功能。当然,其推理功能的发挥需要遵循一定的适用规则。

### 3 民事推理的适用规则

民事推理皆因民事法律关系受阻而需要,由立法者和执法者创造性的赋予其法律效果,因而在运行过程中甚显慎重,就其不同的类别笔者逐一说明。

#### 3.1 拟制、推定型的推理规则

这类推理,有的学者称之为法律规范的直接适用,比较经典的概述了这类推理的特征,因此,其推理过程相对来说比较简单。推理表现为一个连续的动态过程,这一动态过程具体包括三个环节:

1) 一方当事人为适用推理而证明基础事实;

2) 法官运用推理(即现行法律规范)对未知事实即推理事实加以确认;

3) 对方当事人如果对该推理事实有异议,可提出相反的证据加以反驳。其中,1、2构成一个确认推理事实成立的完整阶段;3则独自构成一个推翻推理事实的反证阶段。对于具体推理的适用过程而言,确认推理事实成立阶段是必须的,而推翻推理事实的反证阶段则取决于对方当事人的意愿。其推理结构表意为,一方当事人如欲主张适用法律规范(A),原本需要证明A规范的要件事实甲。由于法律推理规范(B)的存在,该当事人可以把B规范的要件事实乙作为证明对象,一旦事实乙得到了证明,就可以推理事实甲为真,从而就可以适用该当事人的目标规范(A)。如上述所提及到的合同法中关于试用买卖合同的推理规定。

#### 3.2 推论型的推理规则

所谓推论型的推理(又称事实上推理),法官依据自由心证,运用经验法则和逻辑法则,以间接事实推理待证事实。这类推理赋予法官完全的自由裁量权,因此,在适用推论型的推理时,就必须设置一定的门槛条件,以防止权利的滥用而导致失去法律公平的价值目标。笔者认为,推论型的推理应符合以下几项条件:

1) 必要条件,只有在两种情形下才可适用事实推理,一是一方当事人陷入举证困难,待证事实难以证明,但通过另一事实的证明可以使待证事实得以证明;二是根据已知或已证明的事实和经验法则可以推出另一事实。

2) 前提条件,基础事实必须已经得到证明或者得到确认。所谓基础事实得到确认,是指众所周知的事实;或者法院依职务所知悉的事实;或者当事人在诉讼上自认的事实;或者已为生效判决所确认的事实;或者已为生效仲裁裁决所确认的事实;或者已经公证证明的事实;或者已由证据证明的事实。

3) 逻辑条件,基础事实与推理事实之间必须具有高度盖然性的联系,而且证据盖然效力的两种可能性之间还必须存在一般和个别,常规和例外的关系。

4) 生效条件,事实推理的生效必须是遭受不利方当事人经过反证但不能推翻的。对方当事人既可以就基础事实提出反证,也可以就推理事实提出反证,其反证的程度要求仅需使反证对象处于真伪不明状态即可,而不因反证对象的不同有所区别。

5) 选择条件,根据日常生活经验法则,对法律事实的取舍遵循择优规则。在大陆法系国家经常表示事实推理的是经验法则,而经验法则是指,“人们在长期生产、生活以及科学实践中通过对客观外界普遍现象与通常规律的一种理性认识,在观念上它属于不证自明的公认范畴<sup>[8]</sup>。法官根据经验法则在取舍法律事实时应进行择优考虑,在一般和个别,常规和例外的关系中应选择个别和例外。

6) 目的条件,要符合公序良俗原则和法律的终极价值。法律来源于经验生活,因此,法官在个案的判别和推定时应符合社会的公序良俗,在难以定论和无法取舍的情形下,应选择法律的终极价值进行推理。

根据推论型推理设置的推理条件,我们来审视和检验一下南京彭宇案中运用的推论所产生结论的不确定性。“彭宇案”<sup>[9]</sup>事实争议的焦点是原告受伤是否为被告撞倒所为。在原告举证不足的前提下,一审法院对是否发生碰撞进行了事实推论,即判决书称“彭宇自认其是第一个下车的人,从常理分析,他与老太太相撞的可能性比较大。如果不是彭宇撞的老太太,他完全不用送她去医院”,“如果不是他撞的,应该不会

垫钱”。从判决书推论的事实理由来看,是基于法官之理性的社会生活常理判断。首先,我们来考察必要条件,该案基本符合第一个要件即待证事实难以证明(是否为彭宇所撞到);其次,也不缺乏前提条件,即基础事实已经得到证明和确认,老太太受伤;第三,逻辑条件和生效条件,该案存在着不确定条件,基础事实与待证事实是否存在高度的盖然性,即老太太受伤是否必然是由于彭宇撞到所为,彭宇可以反证是其他人所为或是老太太自己跌倒所造成的伤害;第四、本案不存在其他可供选择的情形,因此,在目的条件中,就必须考虑法律的终极价值和公序良俗原则,是让老太太个人承担损失或是让彭宇分担损失涉及到对法律价值的选择。笔者认为,如果判决选择让彭宇分担损失,可能濒危见义勇为的行为,而见义勇为行为不仅为我国推崇的政治道德,而且亦作为法律中的一项价值,并高于其他价值,因此,该案从目的条件进行事实推论的话,应选择老太太所伤不是彭宇所为,否则,蝴蝶效应会再度引起和发生。

#### 4 结论和意义

笔者尝试地通过对概念进行分类化的处理方式,避免定义式和特征性的描述,来界定和把握民事推理的内涵,并构建上、下位概念的模型,目的在于针对不同类型的概念赋予不一的推理规则,澄清两种推理型所适用的各自条件。特别是司法裁判遵循成文法的我国,当法律规范无法穷尽和超前于社会发展的情形和变化时,成文法就陷入了窘境和尴尬的地步,因此,对某一行为或后果及时进行推理,以赋予其一定的法律效果,民事推理具有一定的法律价值和意义:一方面民事推理弥补了当事人内心意思的确定,减轻了当事人的举证负担;另一面畅通了法律关系的正常化,补缺了法律规范中的一些漏洞,弥补成文法律规范的不足。同时,通过经验规则和逻辑演绎对某一法律事实作出高度盖然性的判断,从而能够明确当事人的权利、义务归属。

#### 参考文献:

- [1] H L A.哈特.法律的概念[M].许家馨,李冠宜,译.北京:法律出版社,2006.
- [2] ADRIAN K. The modern law of evidence[M]. London:Butten Worth Co(publishers)Ltd,2000.
- [3] 李学灯.证据法比较研究[M].台北市:五南图书出版公司,1992.
- [4] 罗森贝克.证明责任论[M].庄敬华,译.4版.北京:中国法制出版社,2002.
- [5] 李浩.民事证明责任研究[M].北京:法律出版社,2003.
- [6] 梅因.古代法[M].沈景一,译.北京:商务印书馆,1959.
- [7] 江伟.证据法学[M].北京:法律出版社,1999.
- [8] 毕玉谦.举证责任分配体系之构建[J].法学研究,1999(2):28.
- [9] 南京市鼓楼区人民法院(2007)鼓民一初字第212号民事判决书[EB/OL].<http://hongdou.gxnews.com.cn/viewthread-2877252-1.html>.2011-1-2.

## On the Applicable Rules of Civil Presumption

Luo Shigui<sup>1</sup>, Yuan Caihong<sup>2</sup>

(1.School of Law, Jiangxi Science and Technology University, Nanchang 330038, China; 2.Court of Donghu District, Nanchang 330006, China)

**Abstract:** Avoiding describing the contents of civil presumption from the perspective of “definition” or “characteristics”, this paper tries to divide civil presumption into three parts (presumed, fictional and reasoned ones) to understand its contents, based on the comparison of Anglo-American law system and Continental Legal System. Furthermore, this paper constructs different rules and conditions according to different civil presumption in order to fulfill the precision of concept in theory recognition and the correctness of presumption in judgments.

**Key words:** civil presumption; classification; rules and requirements.