

论不可逾越的“柴尔线”

叶自强

内容提要:英美证据法学界通常认为,在处理推定与举证责任的关系上,必须遵循一条不可逾越的分界线,即推定仅仅转移提供证据责任,不能转移说服责任和整个案件的举证责任,即“柴尔线”,历经 100 多年的发展历程,其科学性已得到实践确认。目前,我国《侵权行为法》和《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》中相关条款规定,法律推定和事实推定能够转移说服责任和举证责任,审判实践中亦依此作出不少错误判决。其理论上的深层原因是,我国主流证据法学理论并没有承认和引进举证责任分层理论,故一旦发生推定,则十分容易逾越“柴尔线”,导致说服责任和举证责任的转移。因此,只有承认和引进举证责任分层理论,才可能从根本上消除上述错误。同时,要正确处理推定与举证责任之间的关系,当二者之间发生冲突时,要遵守举证责任优先的原则,因为举证责任是法定的。尤值得注意的是,在审判实践中,法官无权根据自由裁量权设置举证责任条款并在当事人之间进行分配。故此,目前有必要对《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》中所规定的事实推定作出严格的、科学的解释。

关键词:法律推定 事实推定 说服责任 柴尔线 证明责任

叶自强,中国社会科学院法学研究所研究员。

一 什么是“柴尔线”

英美证据法学界通常认为,在处理推定与举证责任的关系上,必须遵循一条不可逾越的分界线。它就是“柴尔线”。即,推定仅仅转移提供证据责任,不能转移说服责任。“柴尔线”是 1898 年美国证据法学者柴尔为形形色色的各类推定所设定的一条严格的界限。100 多年来,英美法系国家的证据法学界和法院一直遵循柴尔的遗训,固守着这条界限。这期间虽然有人曾经对此发起挑战,但总的来说并未动摇。然而,令人惊讶的是,在我国最高人民法院的有关推定的司法解释中,在各级法院的有关推定的司法实践中,不仅早已越过了“柴尔线”,而且有数量越来越多、规模越来越大的趋势,确实令人担忧。

如前所述,“柴尔线”毕竟是一条美国人划的界限,一般人可能十分陌生。许多人或许从来不知道“柴尔线”是什么;或者虽然略有所闻,但并不十分懂得它的意义,就像笔者这样,直到现在,才真正明白这条界限的深远意义,才明白越过这条界限的危险后果。因此,笔

者写作此文的目的,主要在于唤起法学界和司法部门对这个问题的重视。的确,它不是一个可有可无的问题。

二 摩根对“柴尔线”的冲击和美国国会的裁断

围绕着“推定是否可以转移举证责任”的问题,英美证据法学界进行了长期的、有时甚至是十分激烈的争论。^[1] 其中尤其引人注目的是,在 20 世纪 50 年代,摩根对柴尔的观点进行了有力冲击。摩根把推定分为三类:(一)弱推定或者一般性推定;(二)强有力的推定;(三)非常强有力的推定。^[2]

先看看弱推定或者一般性推定。这种推定实际上是根据柴尔的理论所确立的。按照这一观点,许多推定具有较弱的功能,就是说,它们仅仅将提供证据的责任转移给反对该推定的一方。法院根据被推定的事实直接作出裁判。因此这种推定对当事人一方是有利的。在诉讼过程中,如果出现了矛盾的证据,那么关于被推定的事实是否成立的问题就要提交陪审团讨论。法官指导陪审团说,应该从已证的基础事实推论出最后的事实,这是否合适是可以讨论的。

在过去的推定理论中,并不存在所谓“强有力的推定”以及下面的“非常强有力的推定”,这两种推定都是由摩根提出的。^[3] 他认为,许多推定具有强有力的功能,这种推定将提供证据的责任转移给反对该推定的一方。一旦受惠的当事人一方提出了基础事实,因而产生了推定,那么,这种推定也将说服责任转移给对方。摩根还提出了非常强有力的推定。他认为,许多推定不仅具有向对手转移两种负担的功能,而且要求对手通过很高程度的说服(通常是明晰的确凿的证据,有时甚至是没有任何疑点的证据)来否定被推定的事实,从而增强他的这种负担。强有力的推定与非常强有力的推定,在密西西比州证据法中表现得比较耀眼,这是摩根的“杰作”。其相同点是,两者都转移提供证据责任;都允许被告用反证予以推翻。不同点是,在非常强有力的推定中,转移说服责任;要求对手通过很高程度的说服来反证。但是在强有力的推定中,转移说服责任是有条件的;并不要求对手通过很高程度的说服来反证。^[4]

摩根并不满足于仅仅提出自己的推定理论,他还大胆地付诸实践。摩根曾经说过,他要拓展推定的作用范围。从密西西比州证据法中强有力的推定和非常强有力的推定所占的不小的比重来看,他显然取得了相当大的成功,尽管他未能全部否定柴尔的观点。具体来说,密西西比州证据法的推定规则,共有 70 类 177 项。其中,一般性推定有 112 项,占全部推定的 63.28%;决定性推定有 22 项,占 12.43%;强有力的推定 24 项,占 13.6%;非常强有力的推定 19 项,占 10.73%。从各类推定所占的比重可以看到:第一,密西西比州证据法在很大程度上肯定了柴尔的推定观。其依据是,在 177 项推定规则中,一般性推定有 112 项,占全部推定的 63.28%。这些推定仅仅转移提供证据责任,而不会转移说服责任。第二,密西西比州证据法也在一定程度上接纳了摩根的推定观。因为在 177 项推定规则中,强有力的推定 24 项,占 13.6%;非常强有力的推定 19 项,占 10.73%,两者相加为 24.33%。这些推定不仅转移提供证据责任,而且转移说服责任。^[5]

[1] 见叶自强著:《举证责任》,法律出版社 2011 年第 2 版,第 102-104 页。

[2] Tom R Mason, Mississippi Rule of Evidence 301 Presumptions Civil Actions and Proceedings, MISSISSIPPI LAW JOURNAL, VOL. 70. 2001.

[3] Tom R Mason, Mississippi Rule of Evidence 301 Presumptions Civil Actions and Proceedings.

[4] Tom R Mason, Mississippi Rule of Evidence 301 Presumptions Civil Actions and Proceedings.

[5] Tom R Mason, Mississippi Rule of Evidence 301 Presumptions Civil Actions and Proceedings.

尽管摩根取得了部分成功,却仅仅偏于一隅。除密西西比州之外,美国其他州均未采纳他的过于激进的观点。联邦法院系统也未采纳他的观点。

如今主流的观点仍然是,在一项推定成立的情况下,并不导致举证责任的转移,仅仅转移“提供证据的责任”。具体来说,在通常情况下,主张某种事实的人负有首先提出证据的义务,而在法律规定推定时,主张推定事实的人首先不用提供证据,而由反对推定的人首先提供证据。享受推定利益的人对于反对者的证据,可以提出反证,然后双方当事人之间的“提供证据的责任”继续转移。^[6]

在美国的司法实践中,关于推定与举证责任的分配问题,曾不止一次地成为美国司法部门注意的中心,但美国最高法院不满意某些立法文件解决这个问题的方法,曾以违反法律程序为由宣布这些文件违宪。^[7] 值得称道的是美国联邦立法机关的做法。鉴于举证责任的分配直接关系到司法公正问题,国会对如何处理推定与举证责任的关系采取了十分谨慎的立场。《美国联邦证据规则》是1965年开始起草的,直到1975年才正式成为法律,其中的过程是复杂的、曲折的,理论上经过了激烈的争论。^[8] 可见,国会是在学术界就推定与举证责任的关系进行了长期争论之后做出决断的。1975年2月1日生效的《美国联邦证据规则》第301条规定:“在所有民事诉讼中,除国会制定法或本证据规则另有规定外,一项推定赋予其针对的当事人举证反驳或满足该推定的责任,但未向该当事人转移未履行说服责任即需承担风险意义上的证明责任。该证明责任仍由在审判过程中原先承担的当事人承担。”^[9] 该条款明确地说明:第一,推定的效果在于使另一方当事人承担“提供证据的责任”;第二,推定不转移风险意义上的举证责任;第三,风险意义上的举证责任仍由在审判过程中原先承担的当事人承担。这是美国联邦最高立法机关对“柴尔线”的确认,保持至今。

三 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》 第4条推定之评析

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第4条规定了8种特殊侵权诉讼,^[10]明

[6] 见叶自强著:《举证责任》,2011年第2版,第104页。

[7] [苏]B. K. 普钦斯基:《美国民事诉讼》,江伟、刘家辉译,法律出版社1983年版,第104页。

[8] 《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》,卞建林译,中国政法大学出版社1996年版,第104页。

[9] 《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》,卞建林译,第104页。

[10] 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(2001年12月6日由最高人民法院审判委员会第1201次会议通过,并自2002年4月1日起施行)第四条规定:“下列侵权诉讼,按照以下规定承担举证责任:

(一)因新产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼,由制造同样产品的单位或者个人对其产品制造方法不同于专利方法承担举证责任;

(二)高度危险作业致人损害的侵权诉讼,由加害人就受害人故意造成损害的事实承担举证责任;

(三)因环境污染引起的损害赔偿诉讼,由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任;

(四)建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼,由所有人或者管理人对其无过错承担举证责任;

(五)饲养动物致人损害的侵权诉讼,由动物饲养人或者管理人就受害人有过错或者第三人有过错承担举证责任;

(六)因缺陷产品致人损害的侵权诉讼,由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任;

(七)因共同危险行为致人损害的侵权诉讼,由实施危险行为的人就其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任;

(八)因医疗行为引起的侵权诉讼,由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。

有关法律对侵权诉讼的举证责任有特殊规定的,从其规定。”

确地将这些诉讼中的举证责任实行倒置。在这些条款中,多次出现了“因果关系”、“过错”等语词。问题是,这些条款中是否存在因果关系推定和过错推定?如果存在因果关系推定和过错推定,那么,它们导致了相关案件的说服责任和举证责任的转移吗?

首先,我们以医疗行为致人损害的案件为例,来探讨这些条款中是否存在因果关系推定和过错推定。在医疗行为致人损害的案件中,如果把它作为普通民事案件看待的话,受害人应对如下四个要件事实承担举证责任:(1)被告实施了医疗行为;(2)原告受到了损害;(3)原告受到损害与被告实施医疗行为之间存在因果关系;(4)被告有过错。但是,在实行举证责任倒置的情况下,原告只需要承担其中的部分要件事实的举证责任。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 4 条中规定:“因医疗行为引起的侵权诉讼,由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。”根据该规定,被告应当承担两个要件事实的举证责任:医疗行为与损害结果之间不存在因果关系;不存在医疗过错。因此,在上述四个要件中,首先应由原告对(1)、(2)两个要件事实承担举证责任,当他完成了自己的举证责任之后,再由被告对与(3)、(4)要件事实相反的要件情况承担举证责任。

接下来的问题是,如果被告无法证明医疗行为与损害结果之间不存在因果关系,那么就推定被告的医疗行为与原告的受损害结果之间存在因果关系。为什么说是“推定”而不是“认定”呢?因为,在医疗事故诉讼中,要准确地认定和判断被告的医疗行为与原告的受损害结果之间存在因果关系,是需要严格的证据予以证明的。可事实上根本无法做到这一点。与认定相比较,推定不需要严格的证据。根据推定的结构理论,必须确定三项基础事实,即(1)被告实施了医疗行为;(2)原告受到了损害;(3)被告无法证明医疗行为与损害结果之间不存在因果关系。(1)、(2)两项基础事实是由原告提供证据予以证明的。至于(3)项基础事实,由于被告无法就“医疗行为与损害结果之间不存在因果关系”的事实提供严格证据,即由法院予以确认。基于上述基础事实,我们得到了如下的推定事实——被告的医疗行为与原告的受损害结果之间存在因果关系,从而构成了一个因果关系的推定。

同样,如果被告无法证明不存在医疗过错。那么就推定被告有过错。根据推定的结构理论,必须确定三项基础事实,即(1)被告实施了医疗行为;(2)原告受到了损害;(3)被告无法证明不存在医疗过错。(1)、(2)两项基础事实是由原告提供证据予以证明的。(3)项基础事实是在被告无法完成其举证责任的情况下,由法院予以确认的。基于上述基础事实,我们得到了如下的推定事实——被告存在医疗过错,从而构成了一个过错推定。

我们已经证明了以上条款中存在因果关系推定和过错推定,那么,它们导致了说服责任和举证责任的转移吗?

我们知道,《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》中第 4 条第 2 款第 8 项是关于举证责任倒置的规定。也就是说,立法者的意图是,在本条款预设的情况下,必须将案件的主要的说服责任和举证责任从原告方转移到被告方(实际上称为“倒置”更合理)。这种举证责任倒置事件的发生,在因果关系推定和过错推定之前就已经存在。更确切地说,与本条款中的因果关系推定和过错推定相比,说服责任和举证责任从原告方到被告方的转移(倒置)是法定的、确定的,已经发生的,此时,因果关系推定和过错推定仅仅具有一种可能性。它们的最终实现还是未知数。随着诉讼的进展,它们的实现还必须取决于能否实现一定的条件。例如,因果关系推定要求实现以下三项条件,即(1)被告实施了医疗行为;(2)原告受到了损害;(3)被告无法证明医疗行为与损害结果之间不存在因果关系。同样,过错推

定的实现,要求必须确定三项基础事实,即(1)被告实施了医疗行为;(2)原告受到了损害;(3)被告无法证明不存在医疗过错。

让我们再举一个过错推定的例子。以《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第2款第6项为例。该条是关于产品责任侵权诉讼中的举证责任倒置问题。在产品缺陷致人损害诉讼中,如果把它作为普通民事案件看待的话,由原告对如下要件事实承担举证责任:(1)被告的产品存在缺陷;(2)原告受到了损害;(3)原告受到损害与被告制造有缺陷产品之间存在因果关系;(4)原告没有过错。但是,在实行举证责任倒置的情况下,原告只需要承担其中的部分要件事实的举证责任。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第2款第6项规定:“根据因产品缺陷致人损害的侵权诉讼,由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任。”依照该规定,要求被告就法律规定的免责事由承担举证责任。这些免责事由是:受害人的过错,或者第三人的过错、意外事故。如果被告能够证明免责事由的成立,则证明原告受到损害与被告的产品之间不存在因果关系。至于原告,他需对第(1)、(2)、(3)个要件事实承担举证责任,即证明他的权利受到了损害。此时问题就暴露出来了。假如被告不能够证明免责事由的成立,即不能排除原告受到损害与被告的产品之间不存在因果关系(可能性),就反过来说明被告有过错(这是一项过错推定),就意味着他无法完成举证责任,就要承担败诉的后果。

应当注意的是,假如被告不能够证明免责事由的成立,并不能证明原告受到损害与被告的产品之间存在因果关系,因为两种事物之间的因果关系是需要严格证据来证明的。从这里可以看出,法律在举证责任的分配和证明标准方面,对原告和被告采取了不同态度,也就是说,法律把较重的举证责任分配给被告负担,并要求他提供证据进行严格的证明;与此相比,法律把较轻的举证责任分配给原告负担,其证明标准也宽一些,并且是假被告之手来完成的,即假如被告不能够证明免责事由的成立,即不能排除原告受到损害与被告的产品之间不存在因果关系,这仅仅是一种可能性!并根据这种可能性断定被告无法完成举证责任和败诉。大概这就是现代司法的一项特点吧。

通过以上分析,我们可以得出两个重要的结论:其一,《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第4条下面的有关款项中存在因果关系推定和过错推定,但它们没有导致说服责任和举证责任的转移;其二,第4条下面的有关款项中没有明确设置任何法律推定。尽管其中存在因果关系推定和过错推定,但这些推定一开始并不明晰和确定,而是随着诉讼进展到一定阶段后,才逐渐显现出来并使我们能够作出相应的判断。因此,它们不属于法律推定的范畴,而是根据诉讼上的已知事实所作的事实推定。这是我们在讨论《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第4条下面的推定与举证责任之关系时不可忽视的方面。

四 我国《侵权行为法》中的过错推定与举证责任的转移

2010年7月1日施行的《中华人民共和国侵权行为法》中,出现了不少过错推定的条款。如第6条规定了侵权行为法中的过错推定原则。第6条、第24条规定了产品责任案件中的过错推定;第42条、第44条规定了机动车交通事故责任案件中的过错推定;第54条、第55条、第58条规定了医疗损害责任案件中的过错推定;第66条规定了环境污染责任案件中的过错推定;第70条、第72至第75条规定了高度危险责任案件中的过错推定;第78

条、第 81 条、第 83 条规定了饲养动物责任案件中的过错推定；第 85 条、第 88 条、第 90 条规定了物件损害责任案件中的过错推定。

在这些条款中，“过错推定”的实质是什么？在有的学者看来，是将原告的举证责任予以倒置，由被告来承担。王利明教授曾经说过：“作为一种法律技巧，过错推定已经为世界各国民法所普遍采纳。由于过错推定主要是通过举证责任倒置的方式来实现的……事实上，在过错推定中，举证责任的倒置并不是一种证据法则的运用，而旨在给被告强加责任。尤其是在日益扩大使用的特殊的过错推定中，通过限定被告举证证明其没有过错的抗辩事由，无疑大大增加了被告免责的困难，由此也加重了被告的责任。所以，过错推定并非单独的证据法则的变化问题，而已成为一种独立的责任形式。”^{〔11〕}

我们知道，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 4 条首先明确规定了举证责任倒置，在这个总的框架下创造推定（因果关系推定和过错推定）的环境。其优点是，第一，合法地将举证责任倒置，免受理论上的困扰；二是避免冲击“柴尔线”；三是明确承认在司法实践中存在特殊的民事诉讼案件。可见，此规定好处颇多。

但是，《侵权行为法》反其道而行之。它首先规定过错推定，然后将举证责任转移到对方当事人身上（请注意，这是举证责任转移，不是举证责任倒置！），从而形成三大弊端：一是冲破了“推定不得转移举证责任”的柴尔线；二是它将举证责任转移之后，由于这种“转移”行为违反了“举证责任不能转移”的基本性质，同时也缺乏相应的技术手段予以合乎逻辑地处理，又不得不按照“举证责任倒置和分割”的理论方式，去处理原告的举证责任和被告的举证责任之间的关系；三是它一开始并没有明确承认特殊民事诉讼的地位。在侵权行为法中，立法者把所有侵权责任诉讼均视为普通民事诉讼，规定“过错推定”，造成举证责任转移。这是无可争议的显明事实。可是，一旦出现举证责任转移，被告的举证责任被迫加重，势必需要分割整个案件的举证责任，将之一分为二（分成原告的举证责任和被告的举证责任）。只有这样，才能合乎逻辑地处理余下的问题。

可见，过错推定条款的设定导致了种种无法解决的弊端。笔者建议按照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 4 条的做法，科学地对“过错推定”予以重新规范。

五 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》 第 75 条所建立的法律推定与举证责任的转移

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 75 条规定：“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。”鉴于我国最高法院目前承担着制定与发布司法解释的职能的实际情况，应该将该规定视为一个法律推定，而不是事实推定。据考察，该规定在民事诉讼中被广泛引用，容易导致说服责任和举证责任的转移，从而造成错判。让我们结合如下两个案件做出分析。

（一）李某与刘某离婚纠纷案

江西省某县人民法院审理了一起特殊的离婚纠纷案。因被告所生育小孩的出生孕周不符合正常规律（小孩出生的孕周为 34 周约 238 日，而原、被告从 2005 年 1 月 2 日第一次发

〔11〕 王利明：《侵权行为法归责原则研究》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 92 - 93 页。

生关系至小孩出生日即 2005 年 7 月 11 日仅有 191 日。), 所以原告怀疑小孩与其没有血缘关系, 要求作亲子鉴定, 被告明确拒绝; 但被告对此也不能作出合理的解释。法院鉴于原告的怀疑有一定理由, 被告对原告主张的事实又没有提供证据予以反驳, 被告依法应承担举证不能的后果, 于是法院推定小孩非原告亲生子女。并据此判决原告与被告离婚。^[12]

从表面上看, 该推定的根据是: 被告依法应承担举证不能的后果, 因为原告要求作亲子鉴定, 被告明确拒绝。被告对此不能作出合理解释, 对原告主张的事实又没有提供证据予以反驳。实际上, 该推定的根据正是《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 75 条的规定。仔细分析该规定, 可以发现基础事实和推定事实。基础事实有二: (1) 原告有证据证明被告持有(关于孩子壮壮身世的)证据无正当理由不提供; (2) 原告主张该证据的内容不利于证据持有人(被告)。推定事实是: 该(关于孩子壮壮身世的)证据, 其内容不利于证据持有人(被告)。暗示这孩子是被告与原告之外的其他男人所生。可见, 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 75 条确立了一个推定事实。据初步考察, 该规定在民事诉讼中被广泛引用, 造成了不小的混乱。让我们结合本案继续做出分析。

该规定最突出的问题是, 它容易导致举证责任和说服责任的转移, 造成错判。在本案中, 原告请求与被告离婚, 解除父女关系, 并由被告单独负担孩子的抚养费。为了实现自己的请求, 原告应该承担本案的举证责任(因为本案属于普通民事诉讼)。原告必须提出确实的证据, 以证明孩子不是原告与被告婚姻期间的亲生子女。原告提出了两项证据, 一是被告所生育小孩的出生孕周不符合正常规律, 且被告对此不能作出合理的解释; 二是请求去作亲子鉴定, 但被告拒绝。在这两个证据中, 后一个证据并非真正有力的证据, 因为依据最高法院有关亲子鉴定的批复, 亲子鉴定必须当事人自愿, 任何人都不得强迫。据此, 本案被告拒绝作亲子鉴定, 完全合法; 不能把被告拒绝作亲子鉴定看作一项不利于她本人的证据。

然而令人惊讶的是, 受案法院却反其道而行之, 违反最高法院关于亲子鉴定必须自愿, 不得强迫的有关规定, 把被告拒绝作亲子鉴定看作一项不利于她本人的证据, 并据此做出了小孩非原告亲生子女的推定。接下来, 法院做出了显然不利于被告的一审判决: 原告李某与被告刘某离婚, 被告所生小孩由被告抚养, 原告不负担抚养费。从举证责任的技术层面上说, 该推定帮助原告摆脱了其理应承担的说服责任和举证责任。否则, 仅仅依据原告所提出的证据(看起来是两项, 其实只有一项), 是根本无法完成其举证责任的。

从上面可以看到, 受案法院撇开其他规定不管, 单纯依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 75 条的司法解释, 作出了“壮壮非原告亲生子女”的推定。该推定除了违反婚姻法和具有落后性之外,^[13] 还违反了举证责任的基本原则, 将说服责任和举证责任转移到被告一方。

(二)“推定的生父”案

更为离奇的是, 重庆市某法院还发生了因被告拒绝亲子鉴定, 法官推定其为孩子的父亲的案件, 而做出此判决的主要依据居然也是《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 75 条。

基本案情是, 1981 年张庆和林燕结婚。6 年后女儿欢欢出生。但是有一天, 张庆忽然怀

[12] 钟宜华、李艳云、陈益平:《怀孕时间不符妻子拒绝鉴定 法院推定孩子非婚生》, <http://www.sina.com.cn>, 最后访问时间: 2012 年 2 月 16 日。

[13] 参见叶自强:《论推定的根据》,《河北法学》2009 年第 11 期。

疑女儿不是自己亲生的。为得到事实真相,张庆于 2004 年 1 月带欢欢到重庆市计划生育科学研究所做了亲子鉴定,结果表明欢欢与自己的亲子率为零。不久,张庆和林燕协议离婚。接着,张庆向重庆市某区人民法院提起诉讼,将原来的妻子林燕和吴勇同时告上法庭,诉请法院确认吴勇和欢欢之间的父女关系,要求两被告共同赔偿损失。

某法院进行了不公开审理。为了确认欢欢和吴勇是否存在亲缘关系,法官向吴勇提出做亲子鉴定。遭其严词拒绝。法官非常为难。依据最高人民法院有关亲子鉴定必须以当事人同意为要件、不得强制取证的批复,法院无权强制吴勇做亲子鉴定。承办法官将案子上报至该法院审判委员会。在讨论中多数法官认为,根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 75 条可以推定张庆的主张成立。结合此案,吴勇的基因样本应当是一份对自己不利的证据,同时加上照片、林燕证词等相关证据的链接,由此可以推定:吴勇是欢欢的生父。2004 年 9 月 8 日,某区人民法院作出一审判决:确认吴勇与欢欢存在亲生父女关系,吴勇与林燕共同赔偿原告精神抚慰金 1 万元,吴勇单独赔偿张庆 17 年来垫付的子女抚养费 6 万余元。^[14] 此判决一作出,立即在法律界引起反响,因为在缺乏直接证据的情况下,推定某人与某人存在亲缘关系的案件十分罕见。

这个案件包含一个推定事实,即亲子关系的推定。在该推定的结构中,第一,基础事实是:重庆市计划生育科学研究所的亲子鉴定报告表明,欢欢与张庆的亲子率为零;第二,推定事实是:吴勇是欢欢的生父。

我们撇开该推定的其他错误^[15]不谈,仅就它转移说服责任和举证责任之事作出探讨。本案中,原告的诉讼请求是:要求法院确认吴勇和欢欢之间的父女关系;要求两被告共同赔偿损失。由于本案属于普通民事诉讼,举证责任在原告。原告提出的证据是:重庆市计划生育科学研究所出具的亲子鉴定结论书。此外,原告没能提出其他有力的证据。显然,仅凭重庆市计划生育科学研究所出具的亲子鉴定结论书,无法确认吴勇和欢欢之间的父女关系,表明原告无法完成其举证责任。法院据此应判决原告败诉,驳回其诉讼请求。

但法院没有遵循这条正确的道路往下走,而是选择了《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 75 条,走上了一条容易引起歧义的坎坷之路。本来,最高人民法院早已做出了亲子鉴定必须以当事人同意为要件、不得强制取证的批复。可是,受案法官竟然无视该批复,无视该批复赋予吴勇拒绝亲子鉴定的权利;当吴勇行使此项合法权利时,法官以《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 75 条为宝剑,认定吴勇的行为系故意逃避责任,推定对其不利,人为地构造了一个推定事实,造成了一个荒谬的司法结论。不过在我国的现行民事制度内,法官为了认定案件事实而适用《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 75 条似乎无可厚非,不属于适用法律不当,只是按该条文建立起的推定,突破了柴尔线,并提供给法官利用推定任意转移举证责任的空间。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 75 条虽然总体原则应当肯定,但一定要保留例外规定否则就超过了柴尔线。可见,《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 75 条规定确有不完善之处。

据考察,近几年来,我国离婚案件和亲子纠纷案件频发。在这些案件中,如果单纯适用《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 75 条,则往往流于简单化,因为在这些案件中不仅涉及到法律技术的应用,更需要法官们精通相关的法律政策,需要正确处理推定与

[14] 刘巧玲:《谁是生父,可以“推定”吗?》,http://www.sina.com.cn,最后访问时间:2012 年 2 月 16 日。

[15] 参见叶自强:《论推定的根据》。

政策的关系。否则,如果单纯适用《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第75条,则容易导致说服责任和举证责任的转移。其结果是造成举证责任的分担不公平,判决的社会影响也很不好。既然如此,在没有找到正确处理推定与政策的关系的良策之前,建议废弃该条款。实际上,更准确地说,在推定领域,很难总结出用以指导司法实践的一般性规则,例外的情况很多。拿推定与政策的关系来说,某一项推定总是出自某一项具体的政策。假如存在许多这样具体政策,那么,这些政策之间难免出现矛盾。与此相应的是,在这些政策之下所形成的具体推定之间,也会出现矛盾。因此,在法律上或司法解释中,关于推定条款的规定,应当是具体的、有条件使用的,并规定严格的限制范围。

六、根据已知事实和日常生活经验法则所作出的事实推定与举证责任的转移

在我国民事诉讼实践中,不少人通过已知事实和日常生活经验法则认定事实推定,导致了说服责任和举证责任转移。以下举例来说明。

(一)邱某诉某单位强行送往精神病院损害赔偿案

2002年1月15日,职工邱某与单位领导发生冲突,在家里两次拿起菜刀要拼命后,被关押进拘留所,两天后又以精神异常嫌疑,被单位保卫人员和公安分局民警送进精神卫生防治院14天。事后原告告诉诸法院,要求被告予以赔偿。此案的焦点是邱某到底有没有精神病。被告认为,“他(邱某)就是精神病”,“因为他目前找不到证明自己不是精神病患者的证据”。在法庭陈述的最后,被告方仍然提出,可由邱某自己去作司法鉴定,证明他没有精神病。这个案子“法院3次开庭,尚无结论,原被告双方各执一端”。^[16]

本案实际上涉及到事实推定,即邱某具有精神病的推定。这是被告主观臆想中的推定,其依据:“他(邱某)就是精神病”,“因为他目前找不到证明自己不是精神病患者的证据”。

本来,在现代文明的法治社会,要确定某人具有精神病,其依据应是法律,因此要依法认定,而不是做出人为的推定。从现代医学发展的角度来说,通过严格的、科学的医疗检验是完全能够确定某人是否患有精神病的。根据有关法律规定,精神病有两种:一种是完全精神病人,即完全失去清醒意识和自我控制能力的人。另一种是间歇性精神病人。如果被告能够借助医学证明邱某属于上述两种情况中的一种,就可以认定其具有精神病。在没有任何医学根据的情况下就断定邱某具有精神病,只能是主观臆断。在本案中,被告在法庭上的推定“他(邱某)就是精神病”,“因为他目前找不到证明自己不是精神病患者的证据”。这种说法极其荒唐。从举证责任的角度来说,说明被告企图将自己的说服责任和举证责任转移给原告,从而使自己得到解脱。

假如把本案看作民事诉讼,被告解脱其举证责任的企图是有可能得逞的。但是本案的性质并不是民事诉讼,实为行政诉讼(因为当地公安分局民警关押了原告,应把公安分局列为被告之一)。因此根据我国行政诉讼法的有关规定,举证责任应该由被告承担,而不是由邱某来承担。被告方提出邱某自己去作司法鉴定证明他没有精神病的要求也是错误的。如果被告坚持说邱某具有精神病,那么,应该由被告提出鉴定申请。否则,只能证明被告无法完成其说服责任和举证责任,只能落得个败诉的结局。

[16] 马少华:《不是精神病 需要什么证据》,《中国青年报》2002年1月18日。

(二) 某父子与某公司借款纠纷案

2004 年 11 月 22 日甲代其儿子乙与 A 公司结算并以乙名义出具欠条和还款协议书, 结欠租赁闽 E/T9114 号奥拓出租车的租费、管理费等人民币 8500 元, 并承诺在 2005 年 1 月 1 日前归还, 逾期按 10% 交纳滞纳金。后乙未按期还款, A 公司于 2006 年 7 月诉至漳浦县人民法院, 请求甲、乙共同还款。^[17]

在本案审理中, 对如何认定本案中甲出具的欠条和所签还款协议书的效力, 存在两种不同的观点: 一种观点认为, 甲出具欠条和签订还款协议书的的行为系无权代理行为, 对乙不发生法律效力; 另一种观点认为, 甲的行为应视为表见代理行为, 甲所出具的欠条和签订的还款协议书成立有效, 对乙发生法律效力。^[18] 第二种观点的理由之一是: “依据日常经验足以推断乙已知道甲代其出具欠条和代签还款协议书的事实。所谓日常经验法则是法官依照日常生活中所形成的反映事物之间内在必然联系的事理作为认定待证事实的根据和有关规则。本案中, 甲、乙系属共同居住的特定、密切的父子关系, 结合日常生活经验, 甲作为父亲对于其以儿子乙的名义向 A 公司出具欠条和代签还款协议书的这种重大民事行为应视为已告知乙, 乙已知道其父甲以其名义出具欠条并代签协议书, 但未作明确否认, 应视为其已同意。根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》第 66 条第 1 款之规定, 甲所出具的欠条和代签的还款协议书均已成立和有效。因此, 乙应负本案债务的清偿责任。”^[19]

这里的两个“视为”, 实际上就是两个根据日常经验作出的事实推定。这当然不是严格意义上的证明。既然是事实推定, 那么, 是否存在转移说服责任和举证责任的问题呢?

本案属于普通的债权债务纠纷, 原告是一家公司, 被告是甲和乙(父子关系)。原告应承担举证责任。而两个事实推定却免除了原告的说服责任和举证责任, 并把这种责任赋予被告承担。这违反了普通民事诉讼中举证责任不能转移的基本原则, 对被告显失公平。从本案可以看出, 根据日常经验得出的事实推定, 一方面它无法与严格的证据同日而语, 虽然它也具有证据上的意义; 另一方面, 该事实推定确立后, 必然引起说服责任和举证责任的转移问题。这是我们需要引以为戒的。在司法实践中, 根据已知事实和日常经验法则所做出的事实推定是很多的, 其中难免鱼龙混杂, 对它们必须进行严格的检验。笔者曾经提出以“推定的根据”作为一种检验标准。^[20] 现在笔者认为还可以确定另一种标准, 即如果一个事实推定引起了说服责任和举证责任的转移, 那么该推定必然是错误的。将来在修改《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》或者制定证据法时, 应当考虑将其上升为一项强制性规则。

七 结论与建议

以上我们就“柴尔线”的提出、发展和它所遭遇的挑战, 以及它在我国司法实践中遇到的问题作出了详细探讨, 下面做一个总结。

第一, 柴尔教授设定的界限是: 推定只能转移提供证据的责任, 而不能转移说服责任。这种观点已经成为美国证据法学界的主流观点, 并为美国国会立法所确认。美国联邦法院

[17] 林振通:《如何看待甲出具欠条和签订协议书行为的效力》, 中外民商裁判网, 最后访问时间: 2012 年 2 月 16 日。

[18] 林振通:《如何看待甲出具欠条和签订协议书行为的效力》, 中外民商裁判网。

[19] 林振通:《如何看待甲出具欠条和签订协议书行为的效力》。

[20] 参见叶自强:《论推定的根据》。

系统和绝大多数州法院系统均采纳这种观点,仅密西西比州有所突破。不过,即使在该州,其证据法的177个条款中,仅有10%多一点(非常强有力的推定)能够完全转移整个举证责任。决不是所有推定都能够突破“柴尔线”。

第二,我国证据法的有力理论认为,原则上推定不能转移说服责任和举证责任。但是,在我国《侵权行为法》和《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》的某些条文中,法律推定和事实推定却能够转移说服责任和举证责任。审判实践中依据这样的法典和司法解释作出了不少错误判决。这需要引起有关方面的警觉和深刻反思。

第三,为什么法律推定和事实推定导致了说服责任和举证责任的转移?笔者认为,主要原因是,我国证据法学界的主流理论并没有承认和引进举证责任分层理论,故一旦发生推定(包括法律推定和事实推定),则十分容易逾越柴尔线,导致整个举证责任的转移,其中当然包括说服责任的转移。这是完全错误的。

第四,柴尔线是一条保守线吗?关于这一点,从1898年提出柴尔线到1975年美国国会通过《联邦证据规则》,这77年间,美国证据法学界曾经有过长期的争论。但争论的结果仍然承认柴尔理论的科学性,并最终用联邦立法形式予以肯定。完全可以说,它是一条科学的令人信服的界限。反观我国近年的做法,在几乎缺乏有深度的理论探讨的情况下,一些人纷纷叫嚷要大胆进行事实推定;有关部门的司法解释就此作出规定却缺乏科学论证。这些做法是不是过于轻率和激进了?

第五,突破柴尔线的后果是严重的。在普通民事案件中,突破了柴尔线,就免除了原告的说服责任和举证责任,给原告取胜提供了方便和希望,相反,却给被告制造了巨大的举证障碍,剥夺了被告的取胜希望。

第六,为了解决我国司法解释和司法实践中遇到的困难,建议做好如下工作:

一是我国证据法理论界应该积极学习和借鉴英美法系国家的举证责任分层理论。

二是司法界应该在举证责任分层理论的指导下,尊重柴尔教授提出的有关推定与举证责任关系的理论,不要越过柴尔线半步。只有这样,我国的推定规则才能获得稳步的、科学的发展。

三是尽快修改我国《侵权行为法》中的过错推定条款,明确地承认“产品事故责任”案件等作为特殊的民事案件,实行举证责任倒置;在这一前提下实行“过错推定”。

四是正确处理推定与举证责任之间的关系。首先,当推定与举证责任发生冲突时,要遵守举证责任优先的原则。因为举证责任是法定的,不存在法律之外的举证责任规定。也就是说,法官无权在审判实践中,根据自由裁量权去设置举证责任条款,并在当事人之间进行分配。而推定则不同,正如《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第9条第3款所规定的那样,除法律推定之外,还存在根据已知事实和日常生活经验法则所做出的另一事实(推定事实)存在的假定。也就是说,法官在审判实践中,有权根据案件中已经查明的“已知事实”,甚至可以降低证明标准,根据所谓“日常生活经验法则”去寻找推定事实。可见,司法实践中采用推定,法官有很大的自由裁量权。这其实是一种“粗放型”的司法,不是精密型的司法,是由于《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》授权的范围过宽所必然导致的结果。因此,仅仅从制度的严格性来说,推定显然不如举证责任制度严格。我们不能用一种宽松的制度去排斥严格的制度。恰恰相反,应当采取有力的措施,使宽松的制度变为严格的制度,使“粗放型”的司法逐步走向精密型的司法。其次,推定不能转移举证责任。即便是法律推定,也照样不能转移说服责任和举证责任。再次,在事实推定的情况下,法官根

据自由裁量权,非常容易突破柴尔线,而且看似有道理。因此,对于《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 9 条第 3 款的事实推定的规定必须作出严格的理解。也就是说,对于“已知事实和日常生活经验法则”,不得任意做出扩大解释。最后,如何理解《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 4 条第 1 款至第 8 款的规定呢?需要明确的是,它们是法定的举证责任倒置条款。这里,举证责任倒置不是由于推定所导致的,而是法律所规定的。再者,在这些条款中确实有推定(因果关系推定和过错推定)的情况存在,它们都是在先有举证责任倒置的情况下,才有可能发生的。

[Abstract] It is generally acknowledged by community of evidence law in Anglo-Saxon countries that in dealing with the relationship between presumption and burden of proof, one should strictly follow the mandatory provision concerning the delimitation of boundaries. According to it, presumption only means a shift of burden of submitting evidence, and no shift of burden of persuasion and burden of proof shall be allowed. This is the line of Thayer. With more than 100 years of development, the scientific nature of the line of Thayer has been established in practice. At present, according to provisions contained in Law on Tort and Several Rules of the Supreme Peoples Court on Evidences of Civil Proceedings, legal presumption and factual presumption can shift burdens of persuasion and proof, and this has led to quite a number of misjudgments in trial practice. Theoretically, the deep cause of this situation can be attributed to the position held by mainstream legal theory of evidence. That is, the mainstream theory in this respect has not recognized and introduced different levels of burdens of proof. Thus, once presumption occurs, the line of Thayer will be easily disregarded. Only with recognition and introduction of different levels of burdens of proof, may we be able to avoid above-mentioned mistakes thoroughly. Meanwhile, the relationship between presumption and burden of proof should be correctly handled. When there is a conflict, the principle of priority of burden of proof should be observed, since burden of proof is legally established. Attention should be paid particularly that in judicial practice, a judge has no right to lay down provisions of burden of proof on the basis of judicial discretion and distribute burdens of proof among parties concerned. As the matter stands, currently, we need to make strict and scientific interpretation in terms of factual presumption provided by Several Rules of the Supreme Peoples Court on Evidences of Civil Proceedings.

(责任编辑:杜若英)