

民事推定的运用和规制(上)

——以著作权法相关司法解释和案例切入

□范丹杰

推定是指依照法律规定或者法院按照经验法则,由已知的基础事实推断未知的推定事实的存在,并允许当事人提出反证以推翻的一种证据规则。依据规定于《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第9条和第64条。当诉讼完全证明陷入困境时,推定作为不完全证明方式的功能就得到充分彰显。然而实践中由于规定本身的不明确性,程序的缺失,裁量权的滥用等原因,推定制度一定程度上没有实现其应有的程序和实体价值,反而成为舆论认定法官肆意裁判的典型,影响司法公信力和法律权威。本文将探讨推定中存在的问题,分析原因并提出完善建议。

缘起： 案例中的矛盾

适用推定对案件事实进行认定时,即使案件的原告、案情、诉求等情况高度雷同,案件结论也会受到法官对推定的理解和具体适用的影响,结果是不同法院、不同法官之间认定结果差异较大,对当事人利益影响也较大。以两起案件为例:

乔天富诉铁血网案：原告摄影作品著作权人在被告铁血网首页以及站内多个栏目、主题内发现作者享有著作权的作品后，起诉被告铁血网侵犯包括信息网络传播权等在内的著作权。被告辩称涉案照片是由该站网友上传并网友上传，且原告并未通知要求移除，不当应当承担侵权责任。法院认为，铁血公司在举证期限内未提交其主张的用户详细资料，法院无法核实是否确定存在相关网络用户，原告作为权利人亦无法追究相应的行为人侵权责任，且被告对涉案图片进行了选择、编排和整理，并提供相应搜索功能，构成著作权直接侵权。

乔天富诉中华网案：同一原告发现被告中华网在多个栏目和专题页面中使用了其享有著作权的作品，起诉中华网侵犯包括信息网络传播权在内的著作权。被告辩称，原告指控侵权的图片是由网友上传，且在接到通知后及时删除了涉嫌侵权作品，因此不应承担侵权责任。法院在审理中认为被告仍然应当承担侵权责任，原因为被告未证明自己非侵权作品的直接上传者，因此以原著作权法第四十七条第一款认定构成著作权直接侵权。

上述两案例中,法院都运用推定的方法来认定网站是否上传了侵权作品,依据是原《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《计算机网络著作权司法解释》)第6条。根据该条规定,从事内容服务的信息网络服务提供商(ISP)有协助提供侵权人侵权资料的义务,无正当理由拒绝提供的,推定ISP为直接侵权人。两案件中的法院认定的差异在于:案例一中的法院主动要求被告提供上传者的详细资料,不能提供则推定被告上传了侵权资料并承担直接侵权责任;而案例二中的法院仅要求被告初步证明相关资料非其上传,就可以免除直接侵权的责任。

2012年制定的《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《信息网络传播权规定》)所取代,其中第8条对推定内容和要求作了变更。修改前后的差别如下:

法条出处	《最高人民法院关于审理涉及计算机	《最高人民法院关于审理侵害信息网络
	网络著作权纠纷案件适用法律若干问	网络侵权民事纠纷适用若干问题的规
	题的解释》第6条	定》第8条
颁布时间	2000年	2012年
适用主体	提供内容服务的网络服务提供者	网络服务提供者
证明方式	提供侵权行为人在其网络的注册资料	举证证明其提供自动输入、自动传输、 信息存储空间、搜索、连接、文件分 享技术服务等
发起主体	著作权人	著作权人、法院
承担责任	著作权直接侵权责任	著作权直接侵权责任

对比可见,两份判决书中反映的适用差异,即发起主体和证明方式上的差异,也正反映了修改前后的两司法解释对推定的认识差异。“窥一斑而知全豹”,司法实践中推定的实际运用存在多种问题。



资料照片

分析:推定中的问题和原因

(一)推定中的程序问题

1.内容表述文意不明

推定内容可以通过法律条文和司法解释、判例等形式固定，文字表述上多使用“视为”、“……应当举证……”，（否则）……”等形式。缺乏明确解释时，模糊的表述容易与法律拟制和注意规定产生混同。推定与拟制在事实确定性上不同，前者可以为反证推翻而后者不能。内容表述文意上的不明也容易动摇法官适用规则的内心确信，一旦错误适用会增加错判几率，客观上造成审理中不愿用、不敢用推定的现象。

2. 操作程序缺乏规制

作为辅助证明方法,推定适用必须满足“基础事实已经得到充分的证明”、“已经证明的基础事实符合推定规则”、“条件”和“无反证推翻”三前提。程序上分为启动、反驳和裁定三个阶段且具体化为特定问题,如发起主体现定于当事人还是同时包括当事人与法官,反证提出的时间和形式有何具体要求等。因缺乏可行的操作规范,加之法官理解差异较大,运用较随意,容易产生不同判的结果。

推定在认定事实中依刺

桥梁,有助于克服形式证据的僵化性。但经验法则本身又有别于一般常识和社会认知,而是需要更多的限定。法官在推定中对经验法则的理解存在差异和误区,使用方式高度自由,其结果是忽视推定的公正性和价值性等要求,引发自由裁量权的滥用。

推定过程依赖法官内

影响事实认定结果。庭审中,法官未将推定程序向当事人充分释明,所依据的基础事实、经验法则等要素也未及时陈述和归纳,影响当事人辩论和反驳的权利。文书撰写中,法官也未对推定的过程,依据的事实和依据,以及论证的具体方法充分阐释。当事人在无法获得事实认定的方法和依据情况下,一旦结果对自己不利,就容易产生误解和抵触,质疑裁判结果和法院的中立性、公正性。

(二)推定中的实体问题

推定的运行状况不佳,表面现象为程序的缺失,内在实质则为法官对推定制度的分析和运用存在障碍。其客观原因,一是法官逻辑推演能力存在障碍和缺失;二是缺乏对诉讼价值,特别是诉讼效率价值的衡量能力;三是难以克服自身所存在的心理障碍。这种缺失客观反映于法官对推定的适用过程,也体现在推定规则的形成环节。

以逻辑学角度来看，两事物之

五种逻辑关系:等值关系、蕴含关系、逆蕴含关系、或然关系和矛盾关系。其中,第一、第二和第五种逻辑关系属于必然关系,第三、第四种逻辑关系为或然关系。其中,只有既存在常规联系,又有例外可能的或然关系才适用推定。

中,这种逻辑关系由法律或法官来确定。

推定不是逻辑错误的发生原因是对推定造成的理解偏差,其中最主要的偏差则是对经验法则和推演形式的认识障碍。其一,缺乏对经验法则的普遍性与可靠性认知。一个总体上为真的概括,在给定特殊性或偶然性的事例中,则可能不再适用。虽然文章开头提及的2个案件中不存在这个问题,但在其他案件中,这个问题影响了法官作出正确的推定。如彭宇案中,法官认定被告支付的200元为赔偿款而非借款时,适用的经验规则为“在素不相识的情况下,常人不会贸然借款给别人”。一般情境下该经验规则具有合理性,但该案中原告处于车祸的危难状态,身边也没有亲友陪伴,基于该特定情境,被告出借或赠与原告一定金钱的行为完全可能,且为公序良俗所鼓励。完全忽略个案中的特殊性,就能造成推定结果的谬误性。其二,推定论证中适用的逻辑方法错误。同样以上述论证为例,法官认为:“如果撞伤他人,最符合情理的做法是先行垫付款项”。表面看此命题为充分条件的假言命题,即由先行垫付赔偿款推出撞伤他人。但其实质应当是一个必要条件的假言命题,即只有撞伤他人的人才会垫付赔偿款。赔偿款性质的认定本身用以推定撞伤他人的事实,而未被确定的撞伤他人的事实又被用以确定钱款的性质,有

“循环论证”的嫌疑，逻辑上不能成立。

2. 推定过程未经过效率检验

证据搜寻涉及证据的收集、筛选、整理、提出、以及权衡证据证明力的过程。其中,效率=收益-成本,效率最大化=最大收益-最小成本。因此,假设收益不变的情况下,证据搜寻应追求成本最小化。在推定中,有三方面内容与成本最小化有关。其一,基础事实与推定事实间的关联性。民事诉讼中原告需要承担大多数事项的最初举证责任,原因在于,相较于所有的潜在纠纷而言,被告的实际侵权或违约概率更低。其二,证明成本。在某些推定中,一方当事人对基础事实的证明成本显著低于另一方当事人时,由当事人对事实进行主张更为经济。第三,错误成本。在双方当事人证明成本相同时,应将证明责任分配给预期错误成本(错误成本×错误概率)更小的一方。

以推定的成本最小化为标准,比较文章开头提出的两个案例采用的推定方式,则:对于要素一,即基础事实和推定事实的关联性,“铁血网”案中,基于被告对用户信息的掌控力,未提供侵权人注册信息与认定侵权存在高度关联性。而“中华网”案中,被告未证明自己非侵权作品直接上传者与认定侵权之间同样存在高度关联性。提供侵权人注册信息一定程度上可以视为证明自己非侵权作品上传者的一种形式,两种推定的关联性相同或类似。对于要素二,即证明成本而言,网络侵权案件具有证据分布不均的特点,网站具有隐匿不利证据的先天优势。因此两案件通过拒证推定规则以降低证明成本。这一点上,两种推定耗费的证明成本相同或类似。对于要素三,即预期错误成本而言,在保护用户信息的背景下,仅通过公开用户注册信息的方式证明不侵权,一旦失当或被滥用,不仅降低会用户对网站的忠诚度,同样威胁社会的信息安全度。而允许多种方式推翻侵权推定,则很好地平衡了救济手段和错误后果之间的矛盾,预期错误成本更低。因此,“中华网”案中的推定方式总成本更低,效率更高,更满足经济效益的检验。

述是正确的选择。

(作者单位：上海知识产权法院)

(作者单位：上海社科院 政法所)