# 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

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

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而非 网站上传, 且原告并未通知要求移除, 不应当 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<mark>,并</mark>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 播权等在内的著作权。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,因此不应当承担侵权责 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-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, 法院认定的差异在干: 案例-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

上述案例中推定所依据的司法解释条文被 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
	网络著作权纠纷案件适用法律若干问	络传播权民事纠纷适用若干问题的规
	題的解释》第6条	定》第8条
頒布时间	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接入、自动传输、
		信息存储空间、搜索、连接、文件分
		享技术等服务
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, 两份判决文书中反映的适用差 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 "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。



### 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 "……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

#### 2.操作程序缺乏规制

作为辅助证明方法, 推定适用必须满 "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的 '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,容易产生同案不同判的结果。

#### 3.自由裁量权可能滥用

推定在认定事实中依赖经验法则作为 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

#### 4.推定过程有欠公开

推定过程依赖法官内心心证, 并直接 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。

#### 1.推定过程不符合逻辑规范

从逻辑学角度看,两事物之间可能存在 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。

推理中, A与B逻辑上的盖然性决定于 A 是 B 的充分条件的可能性。在诉讼证明 中,这种逻辑关系由法律或法官来确定。

推定中逻辑错误的发生原因是对推定证 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。 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,就可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 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,相对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 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 "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 "中华网"案中的推定方式总成本更 低,效率更高,更满足经济效率的检验。

从经济效率角度分析, 用成本更低的 《信息网络传播权规定》第8条取代原《计 算机网络著作权司法解释》第6条的相关表

失公章壹數 ,声明《作废。 上海高绮诗贸易有限公声明《广通传》 京财务专用第名壹枚,声遗失废。 以务专用周起药,店遗失。 京海好药师周起药。 以外专,以外, 

上海御蒲建筑装潢有限公司遗失电子营业执照,声明作发司遗。 上海海海户广告传媒有限公司遗。 上海海舟广告传媒有限公司废。 上海星在酒类销售有限企员。 遗失上海星在酒类销售有限企员。 遗失人章。

上海九势科技有限公司遗 丸照副本,证照编号:28 

上海市宝山区诚信化妆品店 失营业执照副末 统一社会信

000201501120217, (18); 秒 1 证 正 副 本,税 号:3 1 C 57684730; 组织机构代码证 平、代码:05768473-0,声明 深圳市熙谷广告策划有限: 上海分公司913101070729 77X,即日起注销,特此公 上海市青浦区键超理发店遗 业执照正、副本,统一补全值

521901594001-100;33521901576501 00;33521700397301-400;3352190099 101-200;33521503635701-800;3352 01520301-400;33521901520201-300 3521901297601-700;3352150341130 400;33521901154401-500;335219016 4801-900;33521901186101-200; (被大甲堂医药科技(上海)有限公 遗失税务登记证止剧水,税号:31 112591654689;组织机构代码证 副本、代码:59165468-9,声明作 上海亿众大药房遗失营业执照 副本,注册号:310115000987131;

上海亿众大药房遗失营业执照制本,在一块执照制本,注册于310115000987131; 务登记证副本,和号:31011797021561;组织机构代码证正本,代码:79702156-1,声明示本,代码:79702156-1,声明示本,代码:大海像松餐饮管理有限公司遗生4162;税务受记证正副本,税号:310115781116697:组织机构代码证制本,代码:781116697:组织机构代码证制本,代码:78111669咨询事务所失营业执照正副本(记册正副本)完金、2310230687313053;组织机构代证正副本、代码:687313053;组织机构代证正副本、代码:687313053;组织机构构代证正副本、代码:687313053,自用属有规体的设施建设发展。