

# 任务三 备证据

## 任务导入案例

### 1. 【基本案情】

山东省济南的陈先生在 2017 年 12 月，在某商场促销活动时购买了一台电视机，可只使用了一个月，电视机便出现了问题。我拿发票找到商场，但商场认为电视机是我人为损坏的，不同意免费修理。

#### 【问题】

陈先生没办法拿出证据证明是电视机本身存在质量问题，而不是我人为损坏，我应当如何维权？

### 2. 【基本案情】

浙江海宁的李女士是某品牌某款美容保湿面膜的忠实用户，2014 年 12 月 22 日，爱网购的她再次进入自己经常光顾的淘宝网店时，惊奇的发现自己手持该面膜的照片被用在了该品牌面膜的宣传上。反应较快的李女士旋即打开手机在自己的微信上搜索该品牌，更糟糕的是很多卖该款面膜的微商也使用该张照片。

原来李女士像很多年轻人一样喜欢自拍后晒在微信上，那天李女士收到了快递寄来这款面膜后就自然而然的拿出手机拍了照片晒到了微信好友圈。由于李女士觉得淘宝上买的这款面膜划算而且好用，在给淘宝店家评价时也把这些照片上传了上去。李女士认为该品牌可能是通过这个渠道获取了自己的照片用于商业宣传。

【问题】李女士该如何维护自己的权利呢？

## 项目知识点

在现代民事诉讼中，对于当事人而言，为了使自己主张的争议事实获得法院的支持，就要对法官进行说服，以表明自己主张事实的真实性；对于法官而言，要对诉讼标的作出准确判决，就必须确认相关案件事实的存在与否。民事诉讼当中的这种围绕着发生争议的案件事实来进行的论证说服与考量评判的活动，就是民事诉讼证明活动。证明需要运用一定的手段。现代诉讼证明的手段就是证据。证明就是运用证据来论证说明案件真实情况的活动。

由于查明事实对于实现解决纠纷等民事诉讼目的具有前提性和基础性，因而证明活动是民事诉讼活动的主要内容。又由于证明活动是以证据为手段来进行的，因此证据的种类、收集、提供、调查、判断等也就成了证明活动的核心内容。从而，人们一般把专门规范证明活动的法律规范统称为证据法，将由此形成的制度称为证据制度。

### 一、证据概念及根本属性

#### （一）证据概念

证据是指依照诉讼规则认定案件事实的依据。证据对于当事人进行诉讼活动，维护自己的合法权益，对法院查明案件事实，依法正确裁判都具有十分重要的意义。证据问题是诉讼的核心问题，在任何一起案件的审判过程中，都需要通过证据和证据形成的证据链再现还原事件的本来面目，依据充足的证据而作出的裁判才有可能公正的裁判。

## （二）证据属性

证据被誉为“诉讼之王”。证据具有合法性、客观性和关联性三大属性，简称为证据“三性”。认定事实应从证据三性入手，从形式和实质两方面判断，以利于正确适用法律。

### 1.客观性

客观性是指一份证据本身形成过程是客观真实的，不是出具证据的一方有意伪造的，同时其中的内容是能客观反映待证事实的。有时，一份证据虽然不是一方当事人伪造的，但其中的内容却是不能客观反映待证事实的，同样不具有客观性，即客观性包括形式上的真实和实质上的真实两个方面，两者出现不一致时，形式上的真实必须服从实质上的真实，质证时这两个方面缺一不可，否则，该证据就不具有客观性。例如：一份合同，该合同是双方当事人签订的，但该合同双方所指的标的物是不一致的，如甲方要买 100 吨米，乙方表示出售 100 水泥，虽然这份合同是双方所签，具有形式上的真实，但内容不是反映当事人的真实意思表示，这份证据本身的形成过程虽然是客观真实的，不是伪造的，具有形式上的客观性，但因其内容不具有客观性，而不具有实质上的客观性，不能证明双方就买卖 100 吨大米达成合意这一待证事实。因此，该份证据是不具有客观性的。

### 2.合法性

证据的合法性是指：

(1)该证据符合证据的法定形式，民事诉讼证据有七种法定形式，凡不符合这七种法定形式的都不具有合法性;

(2)该证据符合形式上的要件。譬如，一份单位所签合同，必须盖有单位印章，一份单位证明必须具有单位印章和单位负责人签名，证人必须具有作证能力和证人资格等。

(3)证据的来源合法，包括出具证据的主体是否适格，取证程序是否合法等。

主要表现在：出具证据主体是否具有相应的职责，譬如，一份村委会的证明，证明某某丧失大部分劳动能力，因出具该证据的主体没有认定某某是否丧失劳动能力的资质而不具有合法性。再譬如，一份没有相应鉴定资质的单位出具的鉴定书，因出具该鉴定书的单位没有相应的鉴定资质而不具有合法性。侵犯他人合法权益所收集的证据，因取证程序不合法而不具有合法性。各种不同的证据具有不同的法定形式、形式上的要件、合法来源，在庭审时质证应注意。

### **3.关联性**

证据的关联性是指证据与待证事实之间必须具有一定的联系。笔者认为依据联系的紧密程度，可以将证据分为直接证据和间接证据。在庭审时，有些当事人对证据质证时讲这份证据与本案没有关联性，其实这种说法是不准确的，应该讲该证据与举证一方(原告或被告、第三人)待证事实之间没有关联性。每一个案件，都有需要证明的待

证事实，待证事实因案件而异甚至因案件处于不同的诉讼阶段而不同。只有一方所举证据来证明不属于本案应证明的待证事实，才可以讲，该证据与本案没有关联性。例如，一个买卖合同纠纷案件，如果卖方为原告，原告的诉讼请求要得到法院支持的话，必须对如下待证事实提供证据：

- (1)原告具有本案合格的诉讼主体；
- (2)双方于某年某月某日就某标的物达成买卖协议。
- (3)原告按合同规定的期限交付了符合合同约定的标的物。
- (4)被告已经按合同约定到付款期限。需要说明的是同一份证据可以证明不同的待证事实，几份不同的证据可以证明同一待证事实。

## 二、证明种类

根据《民事诉讼法》第 63 条的规定，民事诉讼证据包括当事人陈述、书证、物证、视听资料、电子数据、证人证言、鉴定意见、勘验笔录等。证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。

### 1、当事人陈述

当事人陈述是指当事人在诉讼中就与本案有关的事实，向法院所作的陈述。当事人陈述作为证据的一个种类是我国的民事诉讼证据种类划分中的特色。当事人是民事诉讼法律关系的主体，由于与诉讼结果有着直接的利害关系，决定了当事人陈述具有真实与虚假并存的特

点。因此，审判人员在运用这一证据时应注意防止将虚假的证据作为认定案件事实的根据，对于当事人的陈述应结合本案的其他证据进行审查核实，以确定作为认定案件事实的根据。

## 2、书证

书证是指以文字、符号、图形等所记载的内容或表达的思想来证明案件真实的证据。这种物品之所以称为书证，不仅因它的外观呈书面形式，而更重要的是它记载或表示的内容能够证明案件事实。

从司法实践来看，书证的表现形式是多种多样的，从书证的表达方式上来看，有书写的、打印的，也有刻制的等；从书证的载体上来看，有纸张、竹木、布料以及石块等。而具体的表现形式上，常见的有合同、文书、票据、商标图案等等。因此，书证的主要的表现形式是各种书面文件，但有时也表现为各种物品。书证在民事诉讼中是普遍被应用的一种证据，在民事诉讼中起着非常重要的作用。

## 3、物证

物证是指以其存在的形状、质量、规格、特征等来证明案件事实的证据。物证是通过其外部特征和自身所体现的属性来证明案件的真实情况，它不受人们主观因素的影响和制约。因此，物证是民事诉讼中重要的证据之一。民事诉讼中常见的物证有：争议的标的物(房屋、物品等)；侵权所损害的物体(加工的物品、衣物等)；遗留的痕迹(印记、指纹)等等。

#### 4、视听资料

视听资料，是指利用录音、录像、电子计算机储存的资料和数据等来证明案件事实的一种证据。视听资料包括录音资料和影像资料。电子数据是指通过电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博客、手机短信、电子签名、域名等形成或者存储在电子介质中的信息。



#### 5、电子数据

电子数据是存储于电子介质中的信息，包括电子签名、格式化后的硬盘通过恢复取得的信息等等，与传统的录像、录音等视听资料有所区别。

#### 6、证人证言

证人是指知晓案件事实并应当事人的要求和法院的传唤到法庭作证的人，证人就案件事实向法院所作的陈述称为证人证言。

## 7、鉴定意见

鉴定意见是专业人员运用其专门知识，对案件证据材料进行分析鉴别，对专门性问题作出意见，以作为法官判断相关证据真伪的参考依据。从性质上来说，鉴定意见与其它证据类型很重要的区别在于：鉴定意见本身是构建在其它证据材料基础上，得出的鉴定人的主观判断。在其它证据类型中，都力求证据材料契合客观案情，尽量与表述人的主观相分离；但在鉴定中，最有价值的反而是鉴定人通过主观知识鉴别证据材料的过程。

## 8、勘验笔录

勘验笔录是指人民法院审判人员，在诉讼过程中，为了查明一定的事实，对与案件争议有关的现场、物品或物体亲自进行或指定有关人员进行查验、拍照、测量后的记录。

## 三、证明对象

证明对象，即待证事实。是指诉讼中需要用证据加以证明的事实。包括实体法事实和程序法事实。

民事诉讼中证明对象的特征：1.证明对象的确定有赖于当事人提出的请求。2.证明对象是实体法律规范中的要件事实。3.证明对象是必须以证据进行证明的事实。4.证明对象与证明责任紧密联系。



成为证明对象的三个条件：(1)该事实对于正确处理案件有法律意义，或者是实体法上的意义，或者是程序法上的意义；(2)双方当事人对该事实存在争议；(3)该事实不属于诉讼上的免证事实。

需用证据证明的事实即证明对象：(1)当事人主张的有关实体权益的法律事实；(2)当事人主张的程序法律事实；(3)证据材料；(4)习惯、地方性法规(主要指非法院本地区的)和外国法；(5)特别经验规则，主要是指专门性的特殊行业的经验规则。

无需举证证明的事实：(1)自然规律及定理；(2)当事人自认的事实：一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的；(3)众所周知的事实；(4)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；(5)已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实；(6)已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实；(7)已为有效公证文书所证明的事实。

#### 四、证明责任

证明责任，是指诉讼中承担提出证据证明案件事实的法律上的义务。罗马法确立的原则是：谁主张，谁证明。民事诉讼当事人对自己的诉讼主张，有提供证据，加以证明的责任和在无法证明时，要承担的败诉责任。

##### (一) 一般规则

当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。

这是关于证明责任分配的原则性规定。据此,原告应当就诉讼请求的权利成立的要件事实承担证明责任,被告则就该权利未能成立、无法行使或者已经消灭等所依据的事实承担证明责任。但要注意,被告如果仅仅是简单否认原告的事实主张,如针对原告提出的订立合同的事实主张,认为根本不存在订立合同的事实,则被告不承担证明责任。

## (二) 特别规则

司法解释就一些具体纠纷中的证明责任分配问题作出了规定,这些规定,有的只是对一般规则的具体化,有的则采用了与一般规则所采用标准不同的标准,从而导致了证明责任的“倒置”。

(1)在合同纠纷案件中,主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同订立和生效的事实承担举证责任;主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方当事人对引起合同关系变动的事实承担举证责任。对合同是否履行发生争议的,由负有履行义务的当事人承担举证责任。对代理权发生争议的,由主张有代理权一方当事人承担举证责任。

(2)在劳动争议纠纷案件中,因用人单位作出开除、除名、辞退、解除劳动合同减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生劳动争议的,由用人单位负举证责任。

(3)侵权案件中的证明责任分配规则：

①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。

②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。

③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。

④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。

⑤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。

⑥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。

⑦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,

⑧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。

### (三) 推定

从推定与规范的关系看,推定可以分为法律推定和事实推定,它们都可以起到分配证明责任的功能。

#### 1. 法律推定

法律推定,指法律规定以某一事实的存在为基础,并直接根据该事实认定待证事实的存在与否。是依据法律从已知事实推论未知事实、从前提事实推论推定事实的结果。如合同法第 48 条:“行为人

没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，……相对人可以催告被代理人在一个月予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。” 合同法第 78 条：“当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。” 等。适用这种推定，可以减轻主张推定事实的一方当事人的举证责任。它实际上是通过变更证明的主题，用对前提事实的证明替代对推定事实的证明，而当事人证明前提事实则较相对容易。如果对方有异议，应当提出反证推翻推定事实，此时，证明责任被分配个给对方。例如，依有关法律规定，夫妻关系存续期间所生的子女，视为婚生子女。一方当事人要否定这一推定事实，必须提出充分的证据证明夫妻于该子女出生前，已分居若干年，且无往来，从而使推定事实是否存在陷入真伪不明的状态。在此情况下，就不能再适用推定法则认定该子女为婚生。 最高法院《民诉证据若干规定》第 75 条和《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第 30 条都规定，“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，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。” 这就是关于妨碍举证的推定，属于证据法上的法律推定。

双方当事人往往利益对立，一方作为证据持有人持有对自己不利的证据，该证据证明的待证事实为对方当事人所主张，证据持有人一般是不会将这一证据出示给法庭，也不会 在证据交换程序中使用。如果对方当事人主张该证据的持有人持有该证据，并且他举证证明或为法院根据相关证据或经验法则发现该证据掌握在其手里，在法院要求

其提供的情况下，持有人无正当理由拒绝提供的，推定一方当事人主张该证据的内容不利于持有者一方，是比较合乎情理的。理论上，持有证据但是无正当理由拒不提供该证据的当事人，其行为构成“妨碍举证的行为”。这一推定，客观上将证明责任倒置给证据持有人；不过，与证明责任倒置不同，当事人可以提出相反的证据驳倒妨害举证的推定，即证据持有人可以反证推翻推定事实；而证明责任倒置的规则不能用任何方法推翻。

## 2.事实推定

事实推定是指法院依据某一已知事实，根据经验法则，推出诉讼中需要证明的另一事实存在或者不存在。如可根据被告在诉讼中销毁、隐匿证据这一事实，推断出示该证据必定于其不利；如当事人就书证的形式和内容真实性不表明态度，且在其他陈述中对书证的真实性也未提出争执时，可认为已经承认该书证；法院要求当事人就书证的真实性陈述意见，而当事人拒不陈述时，视为承认该书证等等。

### (四)裁量规则

鉴于我国的民事实体法和诉讼法不够完善,同时赋予了人民法院在一定条件下对证明责任分配的裁量权。在法律没有具体规定，依民事诉讼法及其司法解释无法确定举证责任承担时，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。

## 五、证据的收集

(一) 证据的收集,也叫取证。是指诉讼主体对进行诉讼所需要的各种证据材料依照法定程序进行收集的诉讼活动和程序。

### 1.当事人收集证据

我国的民事诉讼正在逐渐接受辩论主义。从而,对于事实主张,当事人负有证明责任,也责任提供证据。因此,收集证据主要是当事人的负担和活动。有

当事人收集证据的方式应当符合法律的规定。以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方式取得的证据,不具有证据资格。法律对证据的形式等有特殊要求的应按其要求收集证据。

我国对当事人及其诉讼代理人向对方当事取证,以及向第三人取证的权限、方式、程序等基本未作法律上的规定,导致当事人负有证明责任和提供证据责任,却没有相应的取证权限和能力的现象,这对于保障诉讼价值的实现以及当事人的合法权益极为不利。除了申请法院调查取证、申请鉴定证据保全等已有证据规则外,我国还可考虑建立这样一些取证规则:

(1)录取证词规则。即录取证人证言的规则。

(2)当事人互相询问规则。在审理之前,当事人可以互相询问;询问主要采用书面方式,对方当事人应予回答。

(3)要求提供书证和物证规则。一方当事人需要的书证和物证有可能控制在对方当事人手中,也有可能控制在任何第三人手。不管控制在谁手中,只要其在法律上有提供证据的义务,都应当应当当事人的要求,提供书证和物证。

(4)证人拒绝作证的特权规则。在规定证人作证义务的同时,也应当赋予其在特定情形下拒绝作证的特权。

## 2.法院调查收集证据

由法院调查收集证据,这只是取证活动的例外方面。法院调查收集证据,原则上应依当事人申请进行,仅在特定情形下可以主动进行。

法院调查收集证据,与当向法院提供证据产生同样后果。

### (1)法院依当事人申请调查收集证据

符合下列条件之一的,当事人及其诉讼代理人可以申请人民法院调查收集证据:①申请调查收集的证据属于国家有关部门保存并需人民法院依职权调取的档案材料;②涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料;③当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料。

当事人及其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据,应当提交书面申请,并且不得迟于举证期限届满前7日。

### (2)法院主动依职权调查收集证据

人民法院认为审理案件需要的证据,应当调查收集。这包括两类情形:①涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实;②涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项。

(3)法院对证据的调查收集调查人员调查收集的书证,可以是原件,也可以是经核对无误的副本或者复制件是副本或者复制件的,应当在调查笔录中说明来源和取证情况。

调查人员调查收集的物证应当是原物。被调查人员提供原物确有困难的,可以提供复制品或者照片。提供复制品或者照片的,应当在调查笔录中说明取证情况调查人员调查收集计算机数据或者录音、录像等视听资料的,应当要求被调查人员提供有关资料的原始载体。提供原始载体确有困难的,可以提供复制件。提供复制件的,调查人员应当在调查笔录中说明其来源和制作经过。

## 六、证据保全

### (一) 证据保全概念

证据保全,是指法院在起诉前或在对证据进行调查前,依据利害关系人、当事人的请求,或依职权对可能灭失或今后难以取得的证据,予以调查收集和固定保存的行为。

《中华人民共和国民事诉讼法》第八十一条 在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,当事人可以在诉讼过程中向人民法院申请保全证据,人民法院也可以主动采取保全措施。

因情况紧急,在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,利害关系人可以在提起诉讼或者申请仲裁前向证据所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请保全证据。

### (二) 申请证据保全应具备的条件

1.证据可能灭失。如证人因年事已高,患有疾病,有可能即将死亡,应及时取证;作为证据的物品有将腐坏、变质、消灭的可能,应



及时将物品的外形、特征等记成笔录，或进行拍照和录像，并将物品及时处理。

2.证据在将来难以取得。例如，证人将要出国等情况。虽然难以取得并不等于无法取得，但如果不进行保全将会影响到案件的及时审理甚至影响到办案的质量。

上述条件，只要具备其中之一，就可申请证据保全。

### （三）证据保全的程序

对仲裁申请前的证据保全，一般由当事人直接向公证机关提出申请，由公证机关采取保全措施。当事人提出仲裁申请后，向仲裁委员会提出的证据保全申请，即《仲裁法》中所说的发生在仲裁程序中的证据保全。一般经以下程序：

1.当事人认为有必要采取证据保全时，向仲裁委员会提出申请。申请须在作出裁决之前提出。

2.仲裁委员会在收到证据保全申请后，应提交证据所在地的人民法院。

3.人民法院在收到由仲裁委员会转来的证据保全申请后，如果认为有必要的，就应作出准许保全的裁定，并在裁定中指出：保全哪一种证据，在何时，在何地，用何种方法进行保全。

4.如人民法院不接受申请人的申请，应作出裁定，并说明不采取保全措施的理由。当事人不服证据保全措施的裁定，可以向作出裁定的人民法院申请复议一次，复议期间，不停止裁定的执行。

## 项目训练案例

**【问题】**打官司没有证据，怎么办，还能打吗？

打官司最重要的就是要有证据，然而好多时候，人们的警惕心都没那么强，因此少留一手提前收集证据对簿公堂。那么，没证据是不是就真的不能打官司了呢，其实不然。

### **一、没有证据不影响法院立案**

首先要说明的是，法院实行立案登记制。对于民事案件，只要原告有资格、有明确的被告、有具体的诉讼请求和事实依据，属于人民法院管辖，没有证据法院也是会立案的，没有证据不影响立案。

立案登记制，只进行形式审查，不进行实质审查。证据只是能决定你官司能否打赢，并且，对于一方当事人没有证据支持的事实和诉讼请求，只要对方当事人认可，法院就可以支持。

### **二、没有证据可申请法院调取、收集证据**

民事诉讼法第 64 条第 2 款规定，当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。

应由人民法院调查收集的证据有以下几类：

- 1、当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集并已提出调取证据的申请和该证据线索的；
- 2、应当由人民法院勘验或者委托鉴定的；
- 3、当事人双方提出的影响查明案件主要事实的证据材料相互矛盾，经过庭审质证无法认定其效力的；
- 4、人民法院认为需要自行调查收集的其他证据。

### **三、这些诉讼可以不用举证**

这几个特殊官司，对方负有举证的责任。在下列侵权诉讼中，对原告提出的侵权事实，被告否认的，由被告负责举证：

- 1、因产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼；
- 2、高度危险作业致人损害的侵权诉讼；
- 3、因环境污染引起的损害赔偿诉讼；
- 4、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；
- 5、饲养动物致人损害的侵权诉讼；
- 6、有关法律规定由被告承担责任的。如子女抚养费的诉请等，若被告反驳，由被告举证。

#### **四、注意，复制件、亲属也可作证**

一般书证应当提交原件，物证应当提交原物。提交原件或者原物确有困难的，可以提交复制品、照片、副本、节录本。当然，复制件的证明力不及原件。

但是，证据材料虽为复制件，有其他证据材料可以印证，或者与原件、原物核对过，或只要对方当事人予以承认，便可作为甚至可以单独作为认定事实的依据。

同时，当事人亲属也可以作为证人，即使，其提供证言的证明力显然低于其他与当事人无利害关系的证人提供的证言。