**证据是诉讼的灵魂，被称为“无冕之王”，作为一名合格法律人要掌握的基本专业技能中，首当应是妥当地运用证据规则去认定案件事实的技能。但证据法博大精深，浩瀚无垠，在这里我根据自己所学和实务中经验拣一些重点、要点做一介绍。**

1. **证据的概述**
2. **证据的界定**

**1、法学著作对证据的定义**

根据何家弘教授与其弟子刘品新教授合著的《证据法学》上说“所谓证据法中的证据，就是指证明案件事实或者与法律事务有关之事实存在与否的根据。至于这‘根据’的具体表现形式或存在形式，那就是有关法律中列举的物证、书证、证人证言、当事人陈述、勘验检查笔录、鉴定意见、视听资料、电子数据等”。

**2、证据和定案证据的区别**

定案证据，是指审判者据以认定案件事实的证据。根据三大诉讼法的规定，证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据，认定事实的根据，也就是定案证据。

证据和定案证据的联系是，定案证据一定都是证据，但证据并不一定都能成为定案证据，那些经法庭审查判断，不具有真实性、合法性或关联性的证据，虽仍然是证据，但不能成为定案证据。

**3、证据和证据材料**

除了民诉法第66条“人民法院收到当事人提交的证据材料，应当出具收据，写明证据名称、页数、份数、原件或者复印件以及收到时间等，并由经办人员签名或者盖章”该条中出现“证据材料”字眼外，其他条款用词都是证据。本质上讲，证据本身就是材料，所以不必有证据和证据材料之区分。

1. **证据的三性**

 **证据的三性：真实性、合法性、关联性**

 **1、真实性：**形式上的真实，就相当于客观性，是指证据的载体或证据本身必须真实，非虚假、伪造（包括变造、篡改）的；内容上的真实，是证据真实性的实质内容，是指证据的内容能够反映案件的真实情况。审判人员就是对单一证据的“内容是否真实”进行审核认定，即判断证据内容的真实性。

**2、合法性：**包括以下四个方面：

（1）证据主体合法，是指形成证据的主体及收集证据的主体必须符合法律的要求。例如，不能正确表达意志的人，不能作为证人。待证事实与其年龄、智力状况或者精神健康状况相适应的无民事行为能力人和限制民事行为能力人，可以作为证人；作出鉴定意见的鉴定机构，须有相关的鉴定资质；人民法院调查收集证据，应当由两人以上共同进行。

 （2)证据收集方式合法，证据能否成为定案证据，还要看证据收集方式是否符合法律的规定，进一步说，就是要看证据的收集方式有无违反法律禁止性规定、有无严重侵害他人合法权益、有无严重违背公序良俗。

 （3）证据程序合法，证据不经过法律规定的程序，就不能成为定案证据。证据程序合法，不仅要求质证程序合法，更要求形成增加的程序及收集程序的程序合法。例如，鉴定机构严重违反鉴定程序作出的鉴定意见，就不能作为定案证据。

 （4）证据形式合法，指证据在种类和形式上须符合法律的规定。证据的种类，法律规定有物证、书证、证人证言、被害人陈述、犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解、鉴定意见、勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录、视听资料、电子数据八种。证据形式也有相应的法律要求，须符合。

1. **证据的关联性**，与证明力紧密联系，证明力源于关联性及其关联的程度。证明力的有无及大小，有时取决于证据与待证事实有无实际联系及其联系的紧密、强弱程度。

待证事实可归为两类：一为争议的事实，即原告为胜诉或被告为成功抗辩而必须证明的事实，这种事实由实体法和当事人的主张所决定，一般为要件事实或案件基本事实；二为辅助事实，关于证明证据能力有无和证明力有无、大小的事实以及作为案件背景的事实，例如关于证人与当事人是亲属的事实，被告主张原告所提证人曾因伪证罪被判处刑罚的事实等。

证明性的判断，证明性所要求的仅是证据对待证事实存在某种最低限度的联系，即它有某种证明待证事实存在与否的可能或倾向，证据如有证明待证事实的可能，则有关联性，如无，便无关联性。

1. **证据能力与证明力**

具有“三性”的证据，未必就有证明力；具有证明力的证据，未必就能证明待证事实，证明力较大，就能证明待证事实，证明力较小，就证明不了待证事实。

**证据能力**，又称证据资格，是指证据可以在案件中使用的能力或资格。**证明力**，又称证明效力，意指证据对案件事实有无证明作用及证明作用的程度。证明力是以证据能力为前提，没有证据能力，就无所谓证明力。

证据不具有关联性或合法性，就没有证据能力。

证据证明力大小的确定有两种方法，一是根据法律的规定，如《民事诉讼证据规定》第77条规定，二是依靠法官的判断，也就是采用高度盖然性的证明标准予以取舍。

—链接：第七十七条：人民法院就数个证据对同一事实的证明力，可以依照下列原则认定：

（一）国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其他书证；

（二）物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证，其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言；

（三）原始证据的证明力一般大于传来证据；

（四）直接证据的证明力一般大于间接证据；

（五）证人提供的对与其有亲属或者其他密切关系的当事人有利的证言，其证明力一般小于其他证人证言。

1. **本证与反证，足以反驳与足以推翻**

 **本证**，指负有举证责任的一方当事人提出用以证明待证事实的证据；**反证，**是没有举证责任的一方当事人为证明待证事实不真实而提供的证据。如原告起诉被告返还借款，原告提供的借据为本证，被告提出借款事实不成立出示的证据为反证；如被告提出借款已经清偿，提供了原告方出具的收据，此收据则为本证，原告针对被告的还款主张又提供了反驳证据，则该反驳证据便是反证。

在本证、反证的基础上，分析足以反驳与足以推翻。

**足以反驳**，要求当事人提供的反证能够动摇本证事实，即反证将本证使法官形成的内心确信拉低到高度盖然性证明标准之下即实现足以反驳的目的。

**足以推翻**，要求当事人提供的反证达到证明相反事实成立的程度。反证成立，本证就推翻。

《民事诉讼证据规定》第九条：下列事实，当事人无需举证证明：

（一）众所周知的事实；

（二）自然规律及定理；

（三）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；

（四）已为人民法院发生法律效力的裁判所确认的事实；

（五）已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实；

（六）已为有效公证文书所证明的事实。

**前款（一）、（三）、（四）、（五）、（六）项，当事人有相反证据足以推翻的除外。(《民诉法解释》93条有修改）**

第二十八条：一方当事人自行委托有关部门作出的鉴定结论，另一方当事人有证据足以反驳并申请重新鉴定的，人民法院应予准许。

第七十条：一方当事人提出的下列证据，对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的，人民法院应当确认其证明力：

（一）书证原件或者与书证原件核对无误的复印件、照片、副本、节录本；

（二）物证原物或者与物证原物核对无误的复制件、照片、录像资料等；

（三）有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件；

（四）一方当事人申请人民法院依照法定程序制作的对物证或者现场的勘验笔录。

第七十一条；人民法院委托鉴定部门作出的鉴定结论，当事人没有足以反驳的相反证据和理由的，可以认定其证明力。

第七十二条:一方当事人提出的证据，另一方当事人认可或者提出的相反证据不足以反驳的，人民法院可以确认其证明力。

第七十四条:诉讼过程中，当事人在起诉状、答辩状、陈述及其委托代理人的代理词中承认的对己方不利的事实和认可的证据，人民法院应当予以确认，但当事人反悔并有相反证据足以推翻的除外。

《民诉法解释》（2015年）

第九十三条：下列事实，当事人无须举证证明：

（一）自然规律以及定理、定律；

（二）众所周知的事实；

（三）根据法律规定推定的事实；

（四）根据已知的事实和日常生活经验法则推定出的另一事实；

（五）已为人民法院发生法律效力的裁判所确认的事实；

（六）已为仲裁机构生效裁决所确认的事实；

（七）已为有效公证文书所证明的事实。

前款第二项至第四项规定的事实，当事人有相反证据足以反驳的除外；第五项至第七项规定的事实，当事人有相反证据足以推翻的除外。

第一百一十四条：国家机关或者其他依法具有社会管理职能的组织，在其职权范围内制作的文书所记载的事项推定为真实，但有相反证据足以推翻的除外。必要时，人民法院可以要求制作文书的机关或者组织对文书的真实性予以说明。

**第二讲 举证**

**一、民事诉讼证据的收集主体**

根据《民事诉讼法》第49条、第61条规定，在我国，当事人及诉讼代理人有权收集证据。在当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集证据的情况下，可以向人民法院提出调查取证的申请。

民诉法只规定了当事人及其诉讼代理人有权调查收集证据，未规定非当事人及其诉讼代理人的调查取证权。在庭审中，如遇到有些不是当事人及代理律师调查收集的证据，对方可能会以取证主体不合法为由，提出证据不合法的质证意见。对此，代理律师应有所防备，可以该证据系委托他人调查收集予以反驳，并预先准备好委托他人调查收集证据的委托书。

当事人自行取证首先要保证取证方式的合法性。民事诉讼中，法庭对证据合法性的审查不是特别严格。《民事诉讼证据规定》第68条原规定：“以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据”，后来在《民诉法解释》第106条：“对以严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取的证据，不得作为认定案件事实的根据”，将“侵害他人合法权益”修改为“严重侵害他人合法权益”，对侵害他人合法权益提出了程度上的要求即要达到严重的地步，这也体现了法律价值或利益衡量的因素，对非法证据的判断标准明显放宽。但《行政诉讼法》第43条第3款、《刑事诉讼法》第54条对以非法方法或手段获取的证据，是坚决予以排除的。

**二、举什么证据**

举证是一项很重要的工作，作为代理人，哪些事实需要我方举证，哪些事实属于对方举证责任应做到心中有数，这就需要代理人很熟悉举证责任分配的一般规则，也就是《民诉法解释》第91条规定：“（一）主张法律关系存在的当事人，应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任；（二）主张法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的当事人，应当对该法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的基本事实承担举证证明责任”。

该91条的理论依据是法律要件分类说，主要内容为：将作为举证对象的要件事实分为权利发生要件事实、权利障碍（包括权利限制和权利妨害）要件事实和权利消灭事实。凡是主张权利存在的当事人，应对权利发生的要件事实负举证责任；反驳权利存在的当事人，应当对权利限制、权利妨碍或权利消灭的要件事实负举证责任。

权利发生的要件事实容易识别。例如，一般侵权损害赔偿请求权的要件是：有加害行为（作为或不作为），有损害事实，加害行为与损害结果之间存在因果关系，加害人有过错。这些要件事实就是主张侵权损害赔偿请求权的当事人应举证加以证明的，如果这些事实不能证明，其请求权便不能成立。又如，原告诉请离婚，原告应就与被告存在合法婚姻关系、感情确已破裂即取得婚姻解除权的要件事实负举证责任。

权利要件事实、权利妨害要件事实、权利消灭要件事实不太容易识别。下面举例来说明。

**例1：**在双务合同中，原告要求被告履行合同义务，被告行使同时履行抗辩权、先履行抗辩权、不按抗辩权、先诉抗辩权、留置抗辩权，是为了阻却原告请求权的行使，就属于权利限制，被告应对抗辩权的要件事实负举证责任。还有《继承法》第33条规定：“继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在此限。继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负偿还责任”的限定继承，也属于典型的权利限制抗辩。

**例2：**如原告要求被告履行合同义务，被告提出合同无效，或以不可抗力、免责条款等免责事由进行抗辩，被告此种事实抗辩成立，能导致原告请求权有限地被支持或永久地被排除，就属于权利妨碍，被告应就构成合同无效或不可抗力等免责事由的要件事实提供证据证明。

**例3：**如原告要求被告履行合同义务，被告认为债务已经全部或部分履行，债务已经抵消、免除或混同，原告的权利已经转让他人，或因意思表示错误要求撤销合同、解除合同，此种事实抗辩能导致原告既存的请求权全部或部分消灭，就属于权利消灭，被告应对债务已经履行等要件事实承担举证责任。

**总结一下，权利限制、权利妨害、权利消灭抗辩或抗辩权的区别就在于：权利限制与权利妨害都是承认对方的请求权，但由于抗辩事由的存在阻止对方请求权发生效力。其中权利限制是暂时性地阻止对方的请求权，权利妨害是永久性地阻止对方的请求权。如原告要求被告支付房屋租金，被告要求原告先尽修缮义务。此时，被告承认原告的租金债权，但提出先履行抗辩权，如果被告的抗辩成立，就可以达到拒付租金的法律效果，法庭就应驳回原告的诉讼请求。原告一旦履行了修缮义务，被告就无法阻止原告的请求权；而权利妨害，一旦抗辩成立，就能永久地阻止请求权发生效力。权利消灭就是承认对方请求权虽曾产生，但由于抗辩事由的存在而归于消灭，如被告以债权已经清偿抗辩。**

法律要件分类说是我国举证责任分配的一般性规则，**我们还得注意《民事诉讼证据规定》第4条所例举的八种举证责任分配的特殊情况：**

（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；**（这类诉讼中，主张侵权损害赔偿一方不但要举证损害事实、产品缺陷与损害事实之间存在因果关系，还要举证产品存在缺陷，而产品生产者则举证免责事由的存在。在最高院民一庭审理的“原告许某某诉被告徐州某燃气有限公司产品责任案”的判决书中就指出：“产品责任的归责原则为无过错责任，产品责任纠纷案件中的原告应承担产品存在缺陷、缺陷产品与损害后果之间存在因果关系的证明责任。原告不能证明产品存在缺陷的，被告不承担责任”。该案例刊载在《民事审判指导与参考》2011年第3辑）；**

（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。该款在最高院《关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》中已有修改：“第四条：患者依据侵权责任法第五十四条规定主张医疗机构承担赔偿责任的，应当提交到该医疗机构就诊、受到损害的证据。患者无法提交医疗机构及其医务人员有过错、诊疗行为与损害之间具有因果关系的证据，依法提出医疗损害鉴定申请的，人民法院应予准许。医疗机构主张不承担责任的，应当就侵权责任法第六十条第一款规定“患者或者其近亲属不配合医疗机构进行符合诊疗规范”的诊疗情形等抗辩事由承担举证证明责任”，也就是医疗过错和因果关系的要件事实要由患者这一方举证。**

举证责任的特殊性规定，有时体现在其他实体法中。比如《公司法》第63条之规定，一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己财产的，应对公司债务承担连带责任。因此在一人公司法人人格否认之诉中，若债权人以一人公司的股东与公司存在财产混同为由起诉要求股东对公司债务承担连带责任，应实行举证责任倒置，由被告股东对其个人财产与公司财产之间不存在混同承担举证责任。一人公司的财产与股东个人财产是否混同，在实践中主要看公司是否建立了独立规范的财务制度、财务支付是否清晰、是否具有独立的经营场所等进行综合考量。

在民事诉讼中还要注意识别针对原告事实主张的反驳是否认还是抗辩。**否认**是指不承认原告所主张的利己事实，包括直接否认和间接否认，否认是针对事实。**抗辩**，是在承认原告所主张利己事实的前提下，附加性地提出一个新的事实，抗辩是针对权利。被告可以提出权利限制事实、权利妨害事实或者权利消灭事实进行抗辩。否认者通常不负举证责任，抗辩者通常负举证责任。举例说明，在原告诉被告返还借款的诉讼中，被告可以有三套防御方法或反驳方案：一是辩称自己没借过原告的钱，该反驳就属于直接否认，被告无须举证；二是承认自己收到过原告的钱，但不是借款而是原告赠送给他的，这属于典型的间接否认，被告无须就赠与事实进行举证，而原告仍须对借款关系成立要件事实承担证明责任，如原告举证不充分，则应承担不利的后果；三是承认的确借过钱，但已归还，这就属于权利消灭抗辩，被告须对还款事实进行举证。

刚刚上文中提到否认者“通常”不负举证责任，抗辩者“通常”负举证责任。凡有通常，必有例外。例如，在原被告就离婚诉讼中财产分割出现分歧，原告认为家中的电视机是夫妻共同财产，被告认为该电视机系婚前其个人财产购买，属其个人财产，但双方均无法充分证明各自的主张成立。在这里被告虽承认电视机的存在，但不认可系夫妻共有的事实，就属于间接否认，按理说，被告对该否认事实，无须举证，而由原告对系夫妻共有事实承担举证责任。但答案是否定的，因为法庭无法肯定该电视机既不是共同财产，也不是个人财产，就只能遵照最高院《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》（法发【1993】32号）第7条规定：“对个人财产还是夫妻共同财产难以确定的，主张权利的一方有责任举证。当事人举不出有力证据，人民法院又无法查实的，按夫妻共同财产处理”，故认定该电视机为夫妻共同财产。由此可见，否认者并非一概不承担举证责任。

再举一例，原告起诉被告要求支付货款，被告提出诉讼时效抗辩，主张原告的请求权已过诉讼时效。根据最高院诉讼时效司法解释的精神，被告只需提出诉讼时效抗辩即可，并不以其有证据证明诉讼时效期间已过的事实为必要，则权利人就有责任来证明自己主张的权利在法律保护期限内，由此可见，抗辩者并非一律承担举证责任。

在民事案件审理中，作为代理人，切勿死抠证据的关联性或证明力，觉得所收集的证据与待证事实无关或证明不了待证事实就不举。对于任何一个有利证据，即使没有关联但如可影响法官裁量权的证据，就要举。比如在民间借贷案件中，未在借条上签字的借款人配偶是否要承担还款责任，在实践中裁判尺度不一，如出借人调取到借款人夫妻签订的离婚协议，其中约定男方（在借条上签字者）将全部财产归女方所有，则两被告就有可能是假离婚，该份离婚协议对法官的立场就会有动摇，尽管与借款事实无关，但从影响法官裁量权的角度出发，还是要举。

**三、法官有无权力分配举证责任**

《民事诉讼证据规定》第7条规定：“在法律没有具体规定，依本规定及其他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”，在审判实践中，法官滥用该条规定、随意调整法律确定的举证责任分配规则的情况十分普遍，鉴于此，《民诉法解释》中删除了此条规定，因此法官没有权利分配举证责任。如法官在审理中依职权分配举证责任，将构成适用法律错误，当事人可以作为上诉审的理由。

**四、证据可否撤回**

诉讼过程中，当事人可否申请撤回已向法庭提交的证据？在最高院民一庭编写的《民事审判实务问答》中写道：“对于当事人提出撤回已提供的证据的，应当区分不同情况处理。如果当事人申请撤回的证据尚未送交对方当事人，且所要证明的事实不涉及国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的，法院审查后可予以准许。如果当事人申请撤回的证据复制件或者副本已经递交对方当事人，审判人员应当征询对方当事人的意见，对方当事人表示同意的，则应允许其撤回该证据，对此不再加以审查，视该当事人自始未提供该证据，对方不同意的，则不允许其撤回。按照该阐述，证据是不能随意撤回的，要视情形而定，因此，我们在办理诉讼案件时，举证一定要谨慎。

**五、证据目录的编制**

在编写证据目录时，应注意证明对象不等于待证事实，当事人提供某一项证据欲证明的对象并不必然是待证事实，一个待证事实可能由若干个证明对象组成。

证据目录应简洁、明了。证据的排列组织，有三个要领：

一是先程序，后实体。如身份证、营业执照等程序性证据材料排在前面，案件的实体性证据排在后面。对于身份证、户籍证明或人口信息等，证明对象可写成“证明原告或被告的身份信息”。一般，身份证、营业执照等程序性证据材料在立案时须提交，在庭审举证阶段一般不必出示，除非与案件实体审理有关。

二是证明同一事实的数个证据，应当予以组合归类。大多数案件事实要靠数个证据共同组成证据体系来证明，只有将证据组合起来才能发挥证据链的作用，如不合并举证，就会割裂证据间的内在逻辑关系，有损举证方的证明体系。对于同组证据，应将证明力大的排列在先，证明力小的在后，主要证据在先、次要证据和补强证据在后。

三是归纳案件的争议焦点并按照争议焦点来组织证据，代理人在开庭钱应对案件争议焦点有清晰的预判，并按照预判的争议焦点来组织证据，这样编制的证据目录，内容完整，又层次分明，且不会脱离案件的争点。否则，在庭审中如法庭要求围绕争议焦点来举证，则会打乱原先的证据次序，导致庭审中不知所措，尤其是年青律师。