

使用说明

本书为方圆众合教育 2020 客观题学习包新法增补修订内容合辑，为不影响考生朋友阅读体验以及学习进度，本书替换部分保持与原书页码一致。

第一部分《行政法专题讲座（精讲卷）》李佳

增补内容：补充专题—行政协议及其诉讼制度，本部分考生朋友单独作为增补最后一专题即可。

第二部分《商经知专题讲座（精讲卷）》郄鹏恩

替换原书内容：

（1）商法篇—专题七—证券法，140 页—161 页

（2）环境与自然资源法篇—专题二—森林法，347 页—354 页

第三部分

《民事诉讼法专题讲座（精讲卷）》戴鹏

替换原书内容：专题九—证据，96 页—110 页

专题十一—证明，111 页—139 页

《民事诉讼法专题讲座（真金题卷）》戴鹏

替换原书内容：专题九—证据，47 页—57 页

专题十一—证明，57 页—71 页

届时公开课对应部分视频也将根据新法增补修订替换更新，敬请关注。

环召楼前

第一部分

本部分为众合教育 2020《行政法专题讲座（精讲卷）》李佳新法增补内容，新增行政协议（行政合同）司法解释。考生朋友单独作为增补一专题即可。

对应众合教育 2020《行政法专题讲座（精讲卷）》公开课对应部分视频已根据新法替换更新，敬请关注。

环召楼前

补充专题

行政协议及其诉讼制度

环召楼前

专题二十一

行政协议及其诉讼制度

一、行政协议的概念

行政协议，又称为行政合同，指行政机关为实现公共利益或者行政管理目标，在法定职责范围内，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议。行政协议包括四个要素：

- 一是主体要素，即必须一方当事人为行政机关；
- 二是目的要素，即必须是为了实现行政管理或者公共服务目标；
- 三是内容要素，协议内容必须具有行政法上的权利义务内容；
- 四是意思要素，即协议双方当事人必须协商一致。

在此基础上，行政协议的识别可以从以下两方面标准进行：

- 一是形式标准，即是否发生于履职的行政机关与行政相对人之间的协商一致。
- 二是实质标准，即协议的标的及内容有行政法上的权利义务，该权利义务取决于是否行使行政职权、履行行政职责；是否为实现行政管理目标和公共服务；行政机关是否具有优益权。

二、行政协议与相关概念的区别

（一）行政协议与具体行政行为

行政协议属于行政行为的一种，但并不属于具体行政行为。具体行政行为是单方的，不需要行政相对人的同意，即能够以命令形式单方面为行政相对人增减义务或减损权利；而行政协议是双方的，建立在行政机关与公民、法人或其他组织意思表示一致的基础上。

（二）行政协议与内部协议

行政机关之间因公务协助等事由而订立的协议、行政机关与其工作人员订立的劳动人事协议属于内部行为，不属于行政协议。行政协议当中必须有一方当事人为与行政机关没有隶属关系的普通公民、法人或其他组织。

【例】为解决河流上下游跨界水污染和防洪问题，中山市政府和珠海市政府签订了《中山珠海两市区跨界区域防洪及河涌水污染综合整治合作协议》，该协议属于机关与

机关之间的内部协议，该协议只对缔约政府及其职能部门产生约束，不会对外部的公民、法人或者其他组织产生影响，不属于本专题所论述的行政协议。

（三）行政协议与民事合同

一般而言，行政协议有一些普通民事合同所不具备的特征：

1. 行政机关为当事人是行政协议的主体特征。行政机关是行政协议不可缺少的当事人，涉及国家公共利益和行政职权方面的权利义务需要由行政机关来享有和承担。公民、法人或者其他组织之间缔结的合同一般不属于行政协议。

2. 对行政相对人自由的限制、行政优益权与经济补偿的平衡是行政协议的内容特征。行政相对人的合同自由范围受到法律的限制，违反法律的限制规定将由国家承担法律责任；行政机关可以享有为维护公共利益和公共安全所必需的行政优益权，并且以向对方承担经济补偿义务作为平衡手段。

3. 行政协议双方当事人承担更多的公法责任。行政协议涉及国家公共利益和公共安全。合同当事人不仅享有行政协议带来的利益，而且要承担专门的行政协议责任。这种合同责任不仅包括承担普通违约责任，而且包括根据法律规定承担必要的行政处罚责任。

4. 引发的争议可以通过行政诉讼途径解决。行政协议属于公法性质，因此引发的争议应当通过行政诉讼加以解决。

【例】2013年7月，为实现节能减排目标，回马镇政府与永佳公司签订了《大英县永佳纸业有限公司资产转让协议书》，永佳公司关停退出造纸行业，回马镇政府受让永佳公司资产并支付对价补偿金。

问题：该《协议书》为行政协议还是民事合同？

答：行政协议。《协议书》系回马镇政府为履行环境保护治理法定职责而签订，其意在通过受让涉污企业永佳公司资产，让永佳公司退出造纸行业，以实现节能减排和环境保护的行政管理目标，维护公共利益，符合上述行政协议的四个要素和两个标准。

【注意1】就行政协议（行政合同）和民事合同的区分，理论与实践界争议较大，比如，民法学家梁慧星教授就认为，依据民事合同的本质，行政法学界所界定大多数行政合同都属于民事合同，争议的类型亦是。所以，考生对于合同的定性问题在应试中不需要太深入的思考，考生只需要背诵上文的行政协议的四个要素和两个标准，像回答简答题一样回答考查该知识点的主观题。在选择题中，考生只需要重点记忆下文中已经成为通说的行政协议的种类即可。

【注意2】推定管辖制度。如果民庭以涉案的协议属于行政协议为由，裁定不予立案、驳回起诉的，当事人再次向法院提起行政诉讼，行政庭能不能再以其认为涉案的协议是一个民事合同再推出去呢？不可以，既然民庭的生效法律文书认为不属于民事案件，那么就推定本案属于行政案件，这样就有效避免了当事人被不同的审判部门之间来回“踢皮球”的情况。《行政协议司法解释》第8条规定：“公民、法人或者其他组织向人民法院提起民事诉讼，生效法律文书以涉案协议属于行政协议为由裁定不予立案或者驳回起诉，当事人又提起行政诉讼的，人民法院应当依法受理。”

【注意3】行政协议属于行政诉讼审理范围，所以，排斥了民事诉讼和仲裁对这类案件的管辖权。即使行政协议约定仲裁条款的，人民法院也应当确认该条款无效，但

法律、行政法规或者我国缔结、参加的国际条约另有规定的除外。

三、行政协议的种类

（一）政府特许经营协议

政府特许经营协议是指通过招投标等公平竞争的方式，以合同的形式授权特定经营者经营某项公用事业，向公众提供某项公共产品或公共服务。特许经营协议广泛地存在于城市供水、供气、污水处理、垃圾处理、市政工程和城市公共交通运营等领域。政府特许是行政机关以合同方式授予当事人独占性权利。当事人享有的独占权以政府行使禁止其他人从事相同活动的行政职权为条件，因此政府行政职权的行使成为合同标的。

【例】《城市公共汽车和电车客运管理规定》第14条第1款规定了特许经营协议的取得：“城市公共汽电车客运按照国家相关规定实行特许经营，城市公共交通主管部门应当根据规模经营、适度竞争的原则，综合考虑运力配置、社会公众需求、社会公众安全等因素，通过服务质量招投标的方式选择运营企业，授予城市公共汽电车线路运营权；不符合招投标条件的，由城市公共交通主管部门择优选择取得线路运权的运营企业。城市公共交通主管部门应当与取得线路运营权的运营企业签订线路特许经营协议。”第17条规定了特许经营协议的内容：“城市公共汽电车线路特许经营协议应当明确以下内容：（一）运营线路、站点设置、配置车辆数及车型、首末班次时间、运营间隔、线路运营权期限等；（二）运营服务标准；（三）安全保障制度、措施和责任；（四）执行的票制、票价；（五）线路运营权的变更、延续、暂停、终止的条件和方式；（六）履约担保；（七）运营期限内的风险分担；（八）应急预案和临时接管预案；（九）运营企业相关运营数据上报要求；（十）违约责任；（十一）争议调解方式；（十二）双方的其他权利和义务；（十三）双方认为应当约定的其他事项。在线路特许经营协议有效期内，确需变更协议内容的，协议双方应当在共同协商的基础上签订补充协议。”

（二）房屋、土地等征收征用补偿协议

征收征用补偿协议是指政府依法征收、征用农村土地或房屋时，就补偿方式、补偿期限和支付期限等问题和被征收人意思表示一致而达成的行政协议。《土地管理法》和《城市房屋拆迁管理条例》对此都有明确的规定。

（三）矿业权等国有自然资源使用权出让协议

国有自然资源使用权出让协议包括许多类型，比如国有土地使用权出让协议，这是为了提高国有土地资产的使用效益，行政机关代表国家与公民、法人或其他组织签订的将国有土地使用权在一定期限内出让给行政相对人，行政相对人支付国有土地出让金并按合同的规定开发利用国有土地的合同。又比如，根据《国土资源部关于进一步规范矿业权出让管理的通知》，国务院批准的重点矿产资源开发项目，经批准允许以行政协议方式出让采矿权，对勘察实施方案实行合同管理。

【例】2013年6月9日湘阴政府与驭龙公司签订《出让合同》，约定湘阴政府将晏家洲、荷叶湖等10个分采区的采砂权出让给驭龙公司，砂卵石储量约3亿吨，出让期

限3年。后驭龙公司提起民事诉讼，湖南省高院驳回了驭龙公司的起诉，理由为本案所涉《出让合同》既涉及到对国有资源的处分，也涉及到湘阴政府对其管辖范围内的工程船主的利益安排，还涉及到河道疏浚等问题，当事人之间的纠纷应当通过行政诉讼解决。^①

（四）政府投资的保障性住房的租赁、买卖等协议

为保障城市低收入群体的合法权益，政府投资兴建保障性住房，然后和低收入群体签订的租赁、买卖等协议属于行政协议。购房者与租房者在享受政府福利保障的同时，也需要按照行政协议的要求遵照政府的管理规定，比如，如果出现房屋空置、转租等行为时，政府有权单方解除行政协议。

（五）部分政府与社会资本合作协议

政府与社会资本合作协议（Public-Private Partnerships 协议，简称 PPP 协议），是指政府和社会资本以合作协议的方式提供公共产品和服务的行为。但 PPP 协议概念内涵较为宽泛，其中可以包含或部分涵盖的现有法律概念至少有特许经营协议、政府采购协议等。在教育、社保、医疗卫生及残疾人服务等基本公共服务领域，政府会选择以签订合同的方式向社会购买公共服务^②，民间资本能够有财力、人力和专业性在诸多领域提供更优质的公共服务，而这是行政机关以传统的管理方式无暇或无力而为的。但并不是所有的 PPP 协议均为行政协议，属于行政协议的 PPP 协议需要满足前述行政协议的四大要素和两大标准。

四、行政协议的本质

行政协议融合了“行政性”与“合同性”双重要素，是矛盾的统一体，既有私法的平等因素，当事人可以自由选择合同相对方、合同价款和支付方式、风险转移规则和违约责任等，又有公法的“高高在上”的管理因素。“行政性”与“合同性”双重要素会直接影响行政诉讼中起诉期、审查内容和法律适用规则等问题。

首先，行政协议必须具有“行政性”，最明显的行政性体现是行政协议往往会赋予行政机关行政优益权，允许其出于公共利益需要，单方变更或解除合同。比如，国有自然资源使用权出让协议中，由于国有土地资源的稀缺性和对国民经济社会发展的重要性，对使用者没有按法律要求或合同约定履行义务的行为，如使用者未妥善开发利用土地、改变土地用途等，行政机关有权责令改正并作出处罚，甚至会无偿收回土地使用权^③。这就是行政协议“行政性”，或者说“管理性”的体现。

其次，行政协议必须具有“合同性”，合同需要建立在双方自主、自愿、意思表示一致的基础上，需要根据合同双方意志决定其相互间权利义务关系。合同相对方对于是否签署合同有自主选择权，并可以就合同内容、方式和违约责任等条款和行政机关

^① 湖南驭龙实业开发有限公司诉湘阴县人民政府合同纠纷案裁定书，（2015）湘高法民一初字第13号。

^② 刘飞：《PPP协议的法律性质及其争议解决途径的一体化》，载《国家检察官学院学报》2019年第4期。

^③ 根据《城镇国有土地出让和转让暂行条例》第17条规定：“土地使用者应当按照土地使用权出让合同的规定和城市规划的要求，开发、利用、经营土地。未按合同规定的期限和条件开发、利用土地的，市、县人民政府土地管理部门应当予以纠正，并根据情节可以给予警告、罚款直至无偿收回土地使用权的处罚。”

充分协商。政府不得强迫公民、法人或者其他组织接受合同条款。否则，就成了单方的具体行政行为，而不是行政协议了。

五、行政协议的主体

因行政协议的订立、履行、变更、终止等发生纠纷，公民、法人或者其他组织作为原告，以行政机关为被告提起行政诉讼的，人民法院应当依法受理。行政协议案件依然遵守“民告官”的行政诉讼的基本格局。

（一）行政主体（被告）

根据“谁行为，谁被告”的逻辑，签订行政协议的行政机关，应当作为行政协议案件的被告。但因行政机关委托的组织订立的行政协议发生纠纷的，委托的行政机关是被告。

（二）相对人和相关人（原告）

除了签订行政协议的公民、法人或者其他组织（相对人）有资格作为原告外，《行政协议司法解释》规定了行政协议中的利害关系人的原告资格，不局限于民事合同的相对性原则。《行政协议司法解释》列举了以下三类利害关系人：

1. 公平竞争关系。参与招标、拍卖、挂牌等竞争性活动，认为行政机关应当依法与其订立行政协议但行政机关拒绝订立，或者认为行政机关与他人订立行政协议损害其合法权益的公民、法人或者其他组织。
2. 物权关系。认为征收征用补偿协议损害其合法权益的被征收征用土地、房屋等不动产的用益物权人、公房承租人。
3. 其他关系。其他认为行政协议的订立、履行、变更、终止等行为损害其合法权益的公民、法人或者其他组织，详情参阅行政诉讼参加人原告资格部分，但考试会重点考查的只有前两种情形。

【注意】如果公民、法人或者其他组织不履行协议或未按照约定履行协议，行政机关可以以公民、法人或者其他组织为被告提起行政诉讼吗？答案是否定的。或者，法院受理行政协议案件后，被告就该协议的订立、履行、变更、终止等提起反诉的，法院应当准许吗？答案也是否定的。“民告官”永远是行政诉讼的基本格局。

行政协议虽然不是具体行政行为，但也是行政行为的一种，行政机关享有国家法律赋予的命令权、强制权等，完全能够通过强制、命令的方式迫使当事人履行行政合同所设定的义务，而无须通过向法院提起行政诉讼的方式实现目的。2019年《行政协议司法解释》就行政协议的强制执行作出如下规定：

第24条 公民、法人或者其他组织未按照行政协议约定履行义务，经催告后不履行，行政机关可以作出要求其履行协议的书面决定。公民、法人或者其他组织收到书面决定后在法定期限内未申请行政复议或者提起行政诉讼，且仍不履行，协议内容具有可执行性的，行政机关可以向人民法院申请强制执行。

法律、行政法规规定行政机关对行政协议享有监督协议履行的职权，公民、法人或者其他组织未按照约定履行义务，经催告后不履行，行政机关可以依法作出处理决定。公民、法人或者其他组织在收到该处理决定后在法定期限内未申请行政复议或者

提起行政诉讼，且仍不履行，协议内容具有可执行性的，行政机关可以向人民法院申请强制执行。

对于该条内容，我们应注意如下细节：

第一，有权要求当事人履行义务并有权向法院申请强制执行的，除了签订行政协议的行政机关外，还有对行政协议享有监督协议履行的职权的行政机关。比如，某市路桥收费管理中心与大桥公司签订《大桥通行收费协议》，在该行政协议中，市交通局是交通收费主管部门，而市路桥收费管理中心根据授权具体负责征收管理，如果大桥公司不履行行政协议内容，除合同签订者市路桥收费管理中心有权向法院申请强制执行外，对行政协议享有监督协议履行职权的市交通局也有权向法院申请强制执行。

第二，行政机关不能直接将行政协议作为强制执行的根据，行政机关首先需要在催告后作出要求行政相对人履行协议的决定，这样就把“双方平等协商式”的行政协议转换为了“单方命令服从式”的可执行的具体行政行为（行政决定）^①，将当事人不履约的状态转换成了不履行具体行政行为的状态，此时，才可以申请法院强制执行。也就是说，温顺的小绵羊变身为凶恶的大灰狼之后才会放大招，动画片里不也都是先变身后才会放大招的嘛！

第三，行政协议申请法院强制执行的时间条件与前述具体行政行为的强制执行的条件基本一致，需要在“不诉讼、不复议、也不履行”的情况下，才可以向人民法院申请强制执行。

第四，《行政协议司法解释》还细化增加了申请条件，要求协议内容具有可执行性。有些行政协议的内容是无法强制执行的，比如，具有属人性的国家科研委托协议是无法强制执行的，行政机关与科研人员之间签订的国家科研委托协议，由国家财政提供了资助，但科研人员最终无法提供科研成果，在这种情况下，行政机关无法向法院申请强制执行。

六、行政协议的效力

（一）行政协议的未生效

除了遵照一般生效要件外，有些法律、行政法规规定行政协议应当经过其他机关批准等程序后生效的，如果未经批准该行政协议则不具备生效要件而无法生效。比如，根据《湖北省河道采砂管理办法》，省管河道的采砂规划，报省人民政府批准。其他河道采砂规划，报同级人民政府批准。如果某县水利局未经批准即以行政协议的形式允许当事人在河道上采砂，该协议不产生法律效力。

《民法典·合同篇》（草案）对此类“特别生效要件”也有类似规定，而且更为细致，“法律、行政法规规定应当办理批准等手续生效的，依照其规定。未办理批准等手续的，该合同不生效，但是不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。应当办理申请批准等手续的当事人未履行义务的，对方可以请求其承担违反该义务的责任”。例如在民法中，我国的《中外合资经营企业法》规定，中外合资经营合营各方签订的合营协议、合同，应报国家对外经济贸易主管部门审查批准，才具有法律效力，

^① 为了便于实务部门理解，具体行政行为概念一般在法条中表述为行政决定或行政处理决定。

再比如，中外合作勘探、开采石油、天然气合同根据特别法的规定，也是不经过相关行政机关批准，合同不生效。

在当事人起诉后，应批准而在一审法庭辩论终结前未获得批准的，法院应当确认该协议未生效。行政协议约定被告负有履行批准程序等义务而被告未履行，对于当事人的损失，行政机关承担赔偿责任。

（二）行政协议的效力终止

对于存在违法性或者意思表示不真实等“基因缺陷”的行政协议，不可能允许其“大摇大摆”的存在于世，于是，我们创造了无效和可撤销制度。

1. 行政协议的无效

（1）无效的情形

第一，行政协议存在重大且明显违法情形的，构成无效，当事人起诉后法院应当确认行政协议无效。“重大且明显违法”的三个典型表现为“无资格，无依据，无可能”。具体而言是行政协议实施主体不具有行政主体资格；减损权利或者增加义务的行政协议没有法律规范依据；行政协议的内容客观上不可能实施。

第二，由于行政协议具有“合同性”，所以，可以根据民事法律规范确认行政协议无效，比如根据《民法总则》第153、154条，违背公序良俗的行政协议无效，恶意串通，损害他人合法权益的行政协议无效等条款不仅会导致民事合同无效，也会导致行政协议无效。

[例1] 在“宿迁汇龙实业有限公司诉泗洪县人民政府、泗洪经济开发区管委会、泗洪县国土资源局要求履行合作协议”案中，汇龙公司与泗洪开发区管委会订立合作协议，该协议载明：被告在两个月内向原告提交土地使用权证；投资超过1000万元，应免缴土地出让金。

问题：该协议是否构成无效？

答：构成。该行政协议中关于公司投资超过1000万元，则免缴土地出让金的约定违反了《土地管理法》的强制性规定，属于无效条款。从公共利益看，土地作为有限的自然资源，签订出让合同是行政机关代表国家行使土地所有权人的权利，在土地上设置用益物权，收取土地出让金目的在于促进国有土地的有偿使用，最大限度提高国有土地的价值，从公共利益角度来看，该协议也是无效的。

[例2] 2013年，安丘市政府设立指挥部，对徐某某房屋实施旧村改造，并公布安置补偿政策为“房屋产权调换：每处3间以上的合法宅基地房屋在小区内安置调换200m²楼房，分别选择一套80m²、一套120m²的十二层以下小高层楼房；2间以下的安置一套100m²的小高层楼房。实际面积超出或不足部分，按安置价找差”。同年8月5日，指挥部与徐某某签订《产权调换补偿协议书》，该协议第2条约定的补偿方式为“徐某某选择住宅楼回迁，选择住宅楼两套均为十二层以下小高层，户型以120m²和80m²户型设计……”2017年7月，指挥部交付徐某某一套100m²楼房安置。对此，相关部门答复称“根据当时的拆迁政策，徐某某只能享受100m²安置房一套”。

问题：该协议是否构成无效？

答：构成。安丘市政府作为旧村改造项目的法定实施主体，制定了安置补偿政策

的具体标准，该标准构成签订安置补偿协议的依据，而涉案《产权调换补偿协议书》关于给徐某某两套回迁安置房的约定条款严重突破了安置补偿政策，应当视为该约定内容没有依据，属于无效情形。同时考虑到签订涉案协议的目的是为改善居民生活条件、实现社会公共利益，如果徐某某依据违反拆迁政策的协议条款再获得 100m² 的安置房，势必增加政府在旧村改造项目中的公共支出，侵犯整个片区的补偿安置秩序，损害社会公共利益。因此，涉案争议条款关于给徐某某两套回迁安置房的约定不符合协议目的，损害社会公共利益，亦应无效。故徐某某在按照安置补偿政策已获得相应补偿的情况下，其再要求安丘市政府交付剩余 100m² 的安置楼房，缺乏事实和法律依据，人民法院遂判决驳回徐某某的诉讼请求。

（2）无效行政协议的可补正性

对于一些效力瑕疵可补正的无效行为，与其让当事人起诉后，法院宣告无效，行政机关再作出新行政行为，不如直接允许行政机关在诉讼中修复其违法性，补正行政行为的效力，后一种做法更有利于提高行政效率和节约行政资源，相当于允许行政机关在诉讼中用合法的新行为替换违法的旧行为。《行政协议司法解释》对此规定为：“行政协议无效的原因在一审法庭辩论终结前消除的，人民法院可以确认行政协议有效。”

2. 行政协议的可撤销

与民事合同类似，如果行政协议存在胁迫、欺诈、重大误解、显失公平等情形时，为可撤销的行政协议，当事人可以向法院起诉，法院经审理认为符合法律规定可撤销情形的，可以依法判决撤销该协议。

【例】铜山办事处决定协议搬迁年近 70 岁的王某某房屋。2017 年 8 月 4 日早晨，仪征市真诚房屋拆迁服务有限公司工作人员一行到王某某家中商谈搬迁补偿安置事宜。2017 年 8 月 5 日凌晨 1:30，王某某在《房屋搬迁协议》上签字。2017 年 8 月 5 日凌晨 5:20，王某某被送至医院直至 8 月 21 日出院，入院诊断为多处软组织挫伤。王某某因认为其在签订协议时遭到了胁迫，向法院提起诉讼。

问题：本案行政协议是否属于可撤销协议？

答：本案例为最高法发布 10 个行政协议解释参考案例之一。法院认为，在签订本案被诉的搬迁协议过程中，虽无直接证据证明相关拆迁人员对王某某采用了暴力、胁迫等手段，但考虑到协商的时间正处于盛夏的 8 月 4 日，王某某的年龄已近 70 岁，协商的时间跨度从 8 月 4 日早晨一直延续至 8 月 5 日凌晨 1 点 30 分左右等，综合以上因素，难以肯定王某某在签订搬迁协议时系其真实意思表示。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求法院予以撤销，据此，判决撤销本案被诉的房屋搬迁协议。

（三）不生效或效力停止的法律后果

行政协议无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因行政协议取得的财产，应当予以返还；不能返还的，应当折价补偿。

因行政机关的原因导致行政协议被确认无效或者被撤销，法院可以同时判决责令其采取补救措施；给原告造成损失的，法院应当判决予以赔偿。

七、行政协议的管辖

（一）级别管辖

同具体行政行为案件的级别管辖规则，其中最容易考查的是，国务院部门和县级以上地方政府为被告的案件由中院管辖，而其他行政机关为被告的案件一般由基层法院管辖。

（二）地域管辖

首先，专属管辖优先原理。不动产案件强制要求由不动产所在地法院专属管辖。

其次，其他情形“有约定，从约定”，遵照当事人意思自治原理，当事人书面协议约定与争议有实际联系地点的法院管辖的，法院从其约定。与争议有实际联系地点的法院具体包括：

1. 被告所在地；
2. 原告所在地；
3. 协议履行地；
4. 协议订立地；
5. 标的物所在地等。

多重地域管辖，不仅遵照了当事人意愿，便利当事人起诉，还有利于减少行政干预，充分地保障民营企业在内的行政相对人在行政协议案件当中的一些合法权益，并且营造良好的营商环境。

八、行政协议的诉讼程序

（一）起诉

1. 起诉期

因行政案件的起诉期较短，而且行政案件一旦超过起诉期，法院会裁定不予立案，不利于当事人权利保障。所以，《行政协议司法解释》明确将行政协议的“行政因素”和“合同因素”拆分开来，除了具有“高高在上”的行政管理因素的单方变更、解除协议等行为需要适用行政诉讼起诉期的规定外，剩下的情形适用民事诉讼时效规定：

第一，行政机关单方变更、解除协议等行为，行政因素更强，所以，适用行政诉讼起诉期限的规定；

第二，行政机关不依法履行、未按照约定履行协议，民事因素更强，所以，参照民事法律规范关于诉讼时效的规定。

【例1】2011年4月1日，亿嘉利公司与沙湾区政府签署《投资协议》，约定亿嘉利公司租赁约800亩土地，投资5000万元建设观光农业项目，区政府负责提供“一站式服务”，为加快项目建设进度和协调相关部门的手续尽快落实。亿嘉利公司投资后，反复向区政府提出履行请求，但区政府均未按照约定履行《投资协议》，一直怠于协调其项目行政手续办理事宜，隐瞒土地性质真相，无法办理相关手续。

问题：亿嘉利公司于2016年8月31日提起本案诉讼要求解除协议，是否超过诉讼时效？

答：没有。本案属于区政府未履行《投资协议》而提起的行政诉讼，应当参照适用民事法律规范关于诉讼时效的规定，不再适用行政诉讼起诉期限的规定。

本案例为最高法发布 10 个行政协议解释参考案例之一。试想如果本案适用行政诉讼起诉期 6 个月的规定，那么当事人就丧失了获得救济的机会。但在被告不履约的情况下，适用民法时效，不仅适用向法院请求保护民事权利的 3 年诉讼时效期间的规定，还能适用诉讼时效中断制度，在反复提出履行请求的情况下，诉讼时效期间可以重新计算。所以，正因为此类纠纷能够适用民法的时效制度，最终当事人才获得了有效的司法救济。

【例 2】 市政府与大旺公司签订了特许经营协议，协议约定由大旺公司负责兴建垃圾焚烧站，合同期限为 10 年，政府给予大旺公司每年 20 万元财政补贴。第二年，市政府认为垃圾焚烧站的焚烧技术会释放致癌物质“二噁英”，于是，要求解除该协议，大旺公司提起行政诉讼，本案遵照行政诉讼起诉期。

2. 诉讼请求

在行政协议案件中，当事人可以提出以下具体的诉讼请求：

- (1) 请求判决撤销行政机关变更、解除行政协议的行政行为，或者确认该行政行为违法；
- (2) 请求判决行政机关依法履行或者按照行政协议约定履行义务；
- (3) 请求判决确认行政协议的效力；
- (4) 请求判决行政机关依法或者按照约定订立行政协议；
- (5) 请求判决撤销、解除行政协议；
- (6) 请求判决行政机关赔偿或者补偿；
- (7) 其他有关行政协议的订立、履行、变更、终止等诉讼请求。

(二) 审理

〔合法性审查〕 法院审理行政协议案件，应当对被告订立、履行、变更、解除行政协议的行为是否具有法定职权、是否滥用职权、适用法律法规是否正确、是否遵守法定程序、是否明显不当、是否履行相应法定职责进行合法性审查。

〔合约性审查〕 原告认为被告未依法或者未按照约定履行行政协议的，人民法院应当针对其诉讼请求，对被告是否具有相应义务或者履行相应义务等进行审查。

(三) 调解制度

法院审理行政协议案件，可以依法进行调解。法院进行调解时，应当遵循自愿、合法原则，不得损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益。

九、行政协议案件实体问题

(一) 行政协议的解除

行政协议解除，是指行政协议成立后，尚未履行或履行完毕前，当事人一方或者双方依照法律规定或者当事人的约定，依法解除合同的行为。与民事合同的解除类似，行政协议解除分法定解除和约定解除两种情形。

【例】 在《最高人民法院公报》2018 年第 9 期“寿光中石油昆仑燃气有限公司诉

寿光市人民政府、潍坊市人民政府解除政府特许经营协议案”中，2011年7月15日，寿光市住建局与昆仑燃气公司签订《天然气综合利用项目合作协议》，约定由昆仑燃气公司在寿光市从事城市天然气特许经营，特许经营期限为30年。协议签订后，昆仑燃气公司一直未能完工。有关部门多次催促昆仑燃气公司完成天然气项目建设，但燃气公司长期无法完工，致使授权经营区域内居民供气目的无法实现，损害了社会公共利益，解除特许经营协议的法定条件成立。2016年4月6日，寿光市人民政府决定解除特许经营协议并收回昆仑燃气公司的特许经营权。

行政机关在行政协议案件中，往往有行政优益权，可以单方解除协议。那如果公民、法人或其他组织意图解除行政协议该怎么办呢？答案很简单，找法院。《行政协议司法解释》规定，原告请求解除行政协议，法院认为符合约定或者法定解除情形且不损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益的，可以判决解除该协议。

（二）行政协议的抗辩权

当事人依据民事法律规范的规定行使履行抗辩权的，法院应予支持。即同时履行抗辩权、先履行抗辩权和不安抗辩权制度不仅适用于民事合同，也适用于行政合同领域。

十、证据制度和法律适用制度

（一）举证责任

行政诉讼中，一般由被告就行政行为的合法性承担举证责任，行政协议案件自然也不例外。《行政协议司法解释》规定，被告对于自己具有法定职权、履行法定程序、履行相应法定职责以及订立、履行、变更、解除行政协议等行为的合法性承担举证责任。

但行政协议毕竟具有一部分“合同因素”，所以，《行政协议司法解释》仿照民事诉讼式的“谁主张，谁举证”的模式例外确定举证责任：

1. 原告主张撤销、解除行政协议的，对撤销、解除行政协议的事由承担举证责任；
2. 对行政协议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。

在中国，举证责任更多的是一种结果责任，在真伪不明的情况下，由负有举证责任的一方当事人承担败诉的风险，而“谁主张，谁举证”实际上是对积极事项承担举证责任，比如，乙说甲打我了，甲说我没有打乙，积极事项为打了，那么由乙承担举证责任，又如，乙说我和甲签订过合同，甲说我没和乙签过，积极事项为签订了，那么就应由乙承担举证责任。为什么要由主张积极事项的人承担举证责任呢？因为一般而言证明存在相对容易，证明不存在相对困难，大家可以想象下如果甲真的没有打过乙，甲也真的没和乙签过合同，但如果由其承担举证责任，那怎么证明没有呢？根据以上原理：

1. 原告主张撤销、解除行政协议，被告主张不撤销、不解除行政协议，此时，积极事项为撤销、解除行政协议，那么自然由主张撤销、解除行政协议的原告就主张事由承担举证责任；
2. 行政协议是否履行发生争议，一方主张没有履行，一方主张履行了，此时，已

履行义务是积极事项，自然应该由负有履行义务的当事人承担举证责任。

[规律] 只要涉及“合法性”问题，则由被告承担举证责任，其他事项同民诉。

（二）法律适用

1. [程序问题] 既然行政协议属于行政诉讼受案范围，那么就和普通行政案件一样，法院应当适用行政诉讼法的规定；行政诉讼法没有规定的，参照适用民事诉讼法的规定（补充适用）。

[实体问题] 法院审理行政协议案件，可以适用行政法相关规定，也可以参照适用民事法律规范关于民事合同的相关规定（选择适用）。

2. “老案老办法，新案新办法”。2015年5月1日后订立的行政协议发生纠纷的，适用行政诉讼法及《行政协议司法解释》。2015年5月1日前订立的行政协议发生纠纷的，适用当时的法律、行政法规及司法解释。之所以以2015年5月1日为界限，是因为2015年5月1日为新修改的《行政诉讼法》生效日，法不溯及既往。

十一、行政协议判决形式

法院审理行政协议案件，在作出判决时应当优先考虑行政协议的效力问题，对于无效行政协议和可撤销行政协议，法院应当判决确认行政协议无效和撤销行政协议。对于有效的行政协议，法院应当根据当事人的诉讼请求和发生纠纷的具体类型，确定具体的判决类型。

（一）被告变更、解除行政协议的判决形式

被告变更、解除行政协议是体现了行政协议“行政性”“单方支配性”一面的行为类型，其判决模式类似于针对具体行政行为的判决类型。

1. 合法的变更、解除行政协议行为

在履行行政协议过程中，可能出现严重损害国家利益、社会公共利益的情形，被告作出变更、解除协议的行政行为后，原告起诉，法院经审理认为该行为合法的，判决驳回原告诉讼请求；给原告造成损失的，判决被告予以补偿。

2. 违法的变更、解除行政协议行为

被告变更、解除行政协议的行政行为违法的，法院判决撤销或者部分撤销，并可以责令被告重新作出行政行为，还可以判决被告继续履行协议、采取补救措施；给原告造成损失的，判决被告予以赔偿。

[注意] 对于违法的变更或解除协议的作为类行为，首先需要通过撤销判决，清除变更、解除决定带来的影响，接着才能继续履行、赔偿或补救。“当被告作出了单方变更解除协议的单方行政行为时，即发生了行政协议变更或解除的法律效果，由此导致原行政协议变更为新的行政协议，或者原行政协议因解除行为而失去法律效力。此时，法院审理认为被告单方变更解除协议违法而作出继续履行判决，就会出现继续履行因违法变更行为而导致的已经发生变更的行政协议，或者继续履行因违法解除行为而导致的已经失去法律效力的行政协议的奇怪现象。”^① 所以，需要首先通过撤销判决将以

^① 陈思融：《论行政协议诉讼各类判决方式之关系》，载《政治与法律》2017年第8期。

告知函、通知等形式体现的“单方变更解除决定”的影响力消除之后，才可以判决继续履行。

【例】 甲公司与某区国土局签订国有土地出让合同，取得位于某片土地的使用权。甲公司开始投入资金对该地块实施建设改造。4年后，区国土局以甲公司至今未投入开发为由，决定解除土地使用权出让合同，无偿收回该地块土地使用权。甲公司不服，提起诉讼，法院经审理认为，区国土局法律适用错误，未考虑土地使用权人是否存在“因不可抗力或者政府、政府有关部门的行为或者动工开发必需的前期工作造成动工开发迟延的除外”法定免责事由。

问题：法院应当如何判决？

答：法院应当撤销区国土局“解除土地使用权出让合同，无偿收回该地块土地使用权”的决定，要求被告继续履行协议并采取补救措施；给原告造成损失的，判决被告予以赔偿。

（二）未履约行为的判决形式

被告未履约（未依法履行、未按照约定履行或预期违约）是体现了行政协议“合同性”“双方约定性”一面的行为类型，其判决模式类似于针对民事合同的判决类型。

1. 合法的不履约

被告或者其他行政机关因国家利益、社会公共利益的需要依法行使行政职权，导致原告履行不能、履行费用明显增加或者遭受损失，原告请求判令被告给予补偿的，人民法院应予支持。

【例】 市政府与大旺公司签订了特许经营协议，协议约定由大旺公司负责兴建垃圾焚烧站，合同期限为10年，政府给予大旺公司每年20万元财政补贴。第二年，市政府认为垃圾焚烧站的焚烧技术会释放致癌物质“二噁英”，于是，要求解除该协议，大旺公司提起行政诉讼。

问题：法院如何判决？

答：行政机关为了公共利益单方解除合同是合法的，给原告利益带来影响的，应当判决给予补偿。

2. 违法的不履约

（1）被告未依法履行、未按照约定履行行政协议

- ①判决被告继续履行，并明确继续履行的具体内容；
- ②被告无法履行或者继续履行无实际意义的，法院可以判决被告采取相应的补救措施；给原告造成损失的，判决被告予以赔偿；
- ③原告要求按照约定的违约金条款或者定金条款予以赔偿的，人民法院应予支持。

（2）预期违约

被告明确表示或者以自己的行为表明不履行行政协议，原告在履行期限届满之前向法院起诉请求其承担违约责任的，法院应予支持。

【基本规律】 被告行为合法，判决为驳回+补偿；对于违法的不作为（不履行、不充分履行），因为没有撤销的内容，所以直接适用“继续履行→补救+赔偿”模式。但违法的作为（行政机关变更、解除决定），需要首先判决撤销。

除此以外，《行政协议司法解释》还创造了判决转换制度。原告以被告违约为由请

求法院判令其承担违约责任，法院经审理认为行政协议无效的，应当向原告释明，并根据原告变更后的诉讼请求判决确认行政协议无效；因被告的行为造成行政协议无效的，法院可以依法判决被告承担赔偿责任。原告经释明后拒绝变更诉讼请求的，法院可以判决驳回其诉讼请求。

[注意] 在当事人诉讼请求有误的情况下，法院不能主动适用无效制度，需向原告释明，根据原告变更后的诉讼请求才可判决确认行政协议无效。

第二部分

本部分为众合教育 2020《商经知专题讲座（精讲卷）》新法修订内容。《证券法》、《森林法》于 2019 年年底，陆续修订。但整体的修改对备考没有震动性影响。老师重新编写了对应内容。

为不影响考生朋友阅读体验以及学习进度，本书替换部分保持与原书页码一致。考生朋友直接替换即可。

《商经知专题讲座（精讲卷）》郅鹏恩

替换原书内容：

- （1）商法篇—专题七—证券法，140 页—161 页
- （2）环境与自然资源法篇—专题二—森林法，347 页—354 页

届时本书的公开课对应部分视频也将根据新法增补修订替换更新，敬请关注。

环召楼前

商法篇

专题七－证券法

环境与自然资源法篇

专题二－森林法

专题七

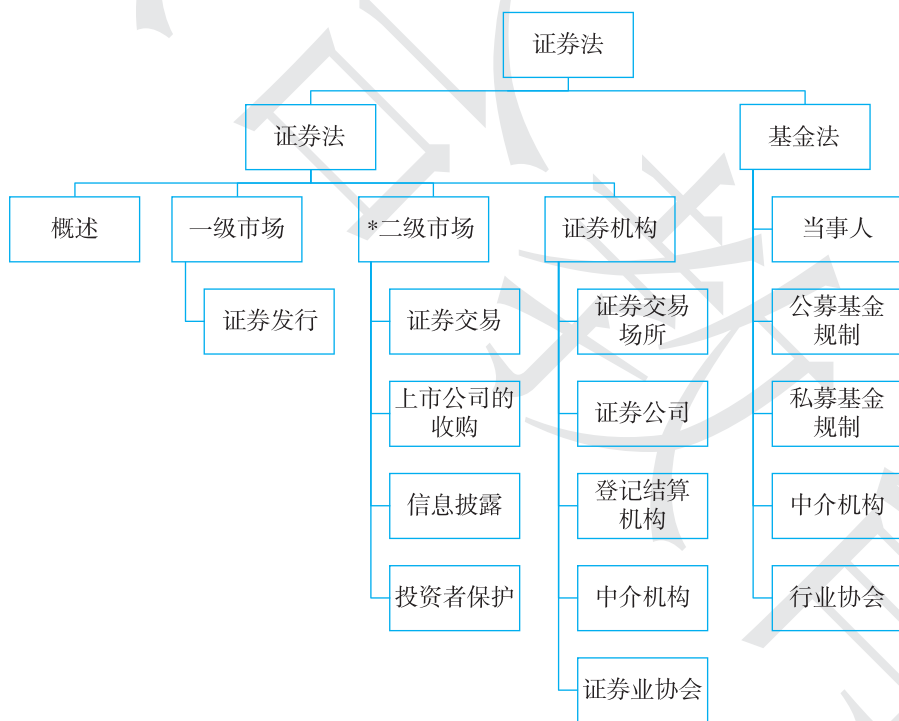
证 券 法

复习旨要

REVIEW THE PURPOSE TO

本专题中，最新修订的证券法于 2020 年 3 月 1 日生效，需要考生重点掌握修改的内容。常考考点：二级市场证券交易、上市公司的收购、信息披露、投资者保护、公募及私募基金的法律规制等。

证券法框架体系



体系解说

本专题包括两部分：证券法和基金法，本专题往年平均考查 2 道题，分值在 3 分左右。2020 年《证券法》大修后，会加大考查的力度。

《证券法》按照证券发行的一级市场和二级市场搭建体系，一级市场需掌握最新确立的注册制。命题的重点集中于二级市场，尤其对于专章设置的信息披露制度，投资人保护

制度以及传统的重点：上市公司收购制度和证券交易禁止性规定。

《基金法》主要内容是基金当事人和公开募集基金、非公开募集基金的法律规制。近年来，对基金运作的细节考查力度增强。

第一节 证券法概述

《证券法》2019 年修订概览



考点 1 证券的概念、种类

证券是表示一定权利的书面凭证，我国目前证券市场上的资本证券主要有股票、债券、存托凭证（Depository Receipt，DR）和国务院依法认定的其他证券。

政府债券、证券投资基金份额的上市交易，适用《证券法》；其他法律、行政法规另有规定的，适用其规定。

资产支持证券、资产管理产品发行、交易的管理办法，由国务院依照《证券法》的原则规定。

在中华人民共和国境外的证券发行和交易活动，扰乱中华人民共和国境内市场秩序，损害境内投资者合法权益的，依照《证券法》有关规定处理并追究法律责任。

[特别提示] 存托凭证：是指由存托人签发、以境外证券为基础在中国境内发行、代表境外基础证券权益的证券。2018 年 6 月 6 日，证监会发布《存托凭证发行与交易管理办法（施行）》，开始在企业境内发行存托凭证试点。在中国的存托凭证叫 CDR（Chinese Depository Receipt）

[例] 百度在美国上市，打算回国募集资金，于是与中国银行协商，把 5000 股百度的美股放到中国银行“托管”，然后中国银行以这些托管的股票发行同等数量 5000 股的 CDR，境内投资者可以通过买卖这种 CDR 来交易。

股票、债券、存托凭证的区别

项目	股票	债券	中国存托凭证（CDR）
发行主体	股份公司	有限公司、股份公司	中国在境外上市的公司将一部分上市的股票托管在当地的一家本国银行（如中国银行）→由本国银行的国内部分以这些股票也就是中概股的正股数量，按照 1：1 的比例发行对应的凭证→由境内投资者用人民币购买或交易这些凭证，从而间接的持有已经在海外发行的中概股，实现对这些公司的投资。

续表

项目	股票	债券	中国存托凭证（CDR）
法律定性	股权凭证，持有者是股东，享有股东权利	债权凭证，持有者是债权人，享有债权	CDR 的持有人无权进行投票，没有参与重大决策和选择管理者的权利，只享受投资损益
投资收益风险	价格波动大，风险大	债务人到期还本付息，风险小	波动比个股要大，而且因为时差造成交易不连贯

考点 2 证券法的基本原则

1. 保护投资者合法权益。2. 公平、公开、公正。3. 平等、自愿、有偿、诚实信用。4. 合法。5. 分业经营，分业管理。

第二节 证券一级市场

证券的发行市场，即通常所谓的“一级市场”，是通过发行证券进行筹资活动的市场。其功能在于一方面为资本的需求者提供募集资金的渠道，另一方面为资本的供应者提供投资的场所。

考点 1 证券发行

公开发行证券，必须符合法律、行政法规规定的条件，并依法报经国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门注册。未经依法注册，任何单位和个人不得公开发行证券。证券发行注册制的具体范围、实施步骤，由国务院规定。

（一）公开发行

有下列情形之一的，为公开发行：1. 向不特定对象发行证券；2. 向特定对象发行证券累计超过二百人，但依法实施员工持股计划的员工人数不计算在内；3. 法律、行政法规规定的其他发行行为。

非公开发行证券，不得采用广告、公开劝诱和变相公开方式。

（二）保荐制度

发行人申请公开发行股票、可转换为股票的公司债券，依法采取承销方式的，或者公开发行法律、行政法规规定实行保荐制度的其他证券的，应当聘请证券公司担任保荐人。

（三）股票发行

1. 公开发行股票的条件

股票发行是指符合发行条件的股份有限公司，以筹集资金为目的，依法定程序，以同一条件向特定或不特定的公众招募或出售股票的行为。公司首次公开发行新股，应当符合下列条件：（1）具备健全且运行良好的组织机构；（2）具有持续经营能力；（3）最近三年财务会计报告被出具无保留意见审计报告；（4）发行人及其控股股东、实际控制人最近三年不存在贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序的刑事犯罪；（5）经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

上市公司发行新股，应当符合经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的条件，具体管理办法由国务院证券监督管理机构规定。

公开发行存托凭证的，应当符合首次公开发行新股的条件以及国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

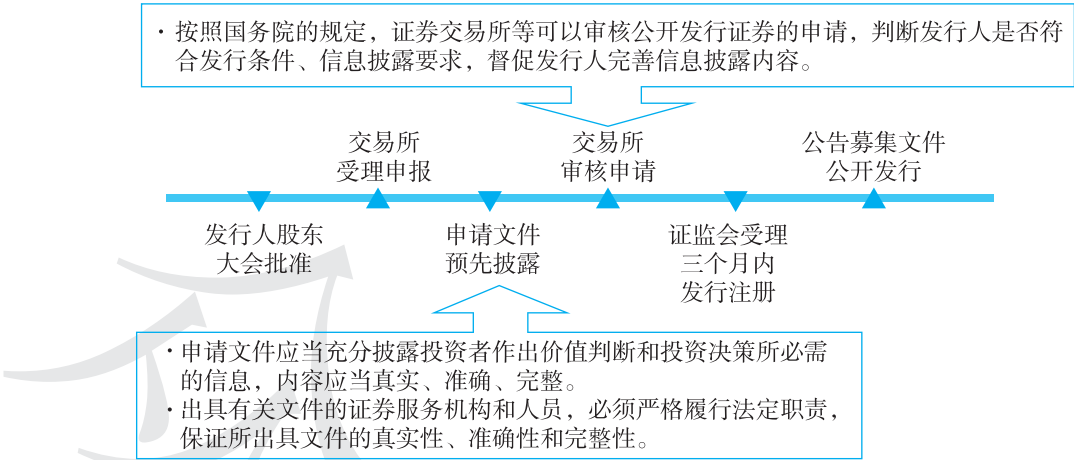
2. 不得擅自改变资金用途

- （1）公司对公开发行股票所募集资金，必须按照招股说明书或者其他公开发行募集文

件所列资金用途使用；

(2) 改变资金用途，必须经股东大会作出决议。擅自改变用途，未作纠正的，或者未经股东大会认可的，不得公开发行新股。

3. 股票公开发行的程序



[总结] 证监会注册，交易所审核。

4. 欺诈发行

(1) 国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门对已作出的证券发行注册的决定，发现不符合法定条件或者法定程序：①尚未发行证券的→应当予以撤销，停止发行。②已经发行尚未上市的→撤销发行注册决定，发行人应当按照发行价并加算银行同期存款利息返还证券持有人；发行人的控股股东、实际控制人以及保荐人，应当与发行人承担连带责任，但是能够证明自己没有过错的除外。

(2) 股票的发行人在招股说明书等证券发行文件中隐瞒重要事实或者编造重大虚假信息，已经发行并上市的，国务院证券监督管理机构可以责令发行人回购证券，或者责令负有责任的控股股东、实际控制人买回证券。

(四) 债券发行条件

公司债券是指公司依法定程序发行的，约定在一定期限还本付息的有价证券。股份有限公司和有限责任公司为募集生产经营资金，可以依照《证券法》规定的条件发行公司债券。

初次发行条件	再次发行条件
公开发行公司债券，应当符合下列条件： 1. 具备健全且运行良好的组织机构； 2. 最近三年平均可分配利润足以支付公司债券一年的利息； 3. 国务院规定的其他条件。 公开发行公司债券筹集的资金，必须按照公司债券募集办法所列资金用途使用；改变资金用途，必须经债券持有人会议作出决议。公开发行公司债券筹集的资金，不得用于弥补亏损和非生产性支出。 上市公司发行可转换为股票的公司债券，除应当符合第一款规定的条件外，还应当遵守上市公司发行新股的条件。但是，按照公司债券募集办法，上市公司通过收购本公司股份的方式进行公司债券转换的除外。	有下列情形之一的，不得再次公开发行公司债券： 1. 对已公开发行的公司债券或者其他债务有违约或者延迟支付本息的事实，仍处于继续状态； 2. 违反《证券法》规定，改变公开发行公司债券所募资金的用途。

考点 2 证券承销

(一) 承销业务的种类：证券代销和证券包销

发行人向不特定对象发行的证券，法律、行政法规规定应当由证券公司承销的，发行

人应当同证券公司签订承销协议。公开发行证券的发行人有权依法自主选择承销的证券公司。

证券承销业务采取代销或者包销方式。

项目	证券代销	证券包销
概念	是指证券公司代发行人发售证券，在承销期结束时，将未售出的证券全部退还给发行人的承销方式。	是指证券公司将发行人的证券按照协议全部购入或者在承销期结束时将售后剩余证券全部自行购入的承销方式。
性质	委托代理关系。	买卖关系。
发行失败	股票发行采用代销方式，代销期限届满，向投资者出售的股票数量未达到拟公开发行股票数量70%的，为发行失败。发行人应当向认股人退还股款加算银行同期利息。	/
承销商风险及收益	承销商赚取的是佣金，风险及收益均较小。	承销商赚取的是差价，风险及收益均较大。
相同规定	二者期限均最长不得超过90日。	
	预留预购禁止：证券公司在代销、包销期内，对所代销、包销的证券应当保证先行出售给认购人，证券公司不得为本公司预留所代销的证券和预先购入并留存所包销的证券。	
	备案：公开发行股票，代销、包销期限届满，发行人应当在规定的期限内将股票发行情况报国务院证券监督管理机构备案。	

（二）承销团

承销团又称联合承销，是指两个以上的证券经营机构组成承销人，为发行人发售证券的一种承销方式。向不特定对象发行证券聘请承销团承销的，承销团应当由主承销和参与承销的证券公司组成。

第三节 证券二级市场

考点1 证券交易的一般规定

（一）禁止非法集资

证券交易当事人依法买卖的证券，必须是依法发行并交付的证券。非依法发行的证券，不得买卖。

（二）遵守转让期限限制

1. 依法发行的证券，《中华人民共和国公司法》和其他法律对其转让期限有限制性规定的，在限定的期限内不得转让。
2. 上市公司持有百分之五以上股份的股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员，以及其他持有发行人首次公开发行前发行的股份或者上市公司向特定对象发行的股份的股东，转让其持有的本公司股份的，不得违反法律、行政法规和国务院证券监督管理机构关于持有期限、卖出时间、卖出数量、卖出方式、信息披露等规定，并应当遵守证券交易所的业务规则。

（三）交易场所限制

1. 公开发行的证券，应当在依法设立的证券交易所上市交易或者在国务院批准的其他全国性证券交易场所交易。
2. 非公开发行的证券，可以在证券交易所、国务院批准的其他全国性证券交易场所、

按照国务院规定设立的区域性股权市场转让。

（四）交易方式

证券在证券交易所上市交易，应当采用公开的集中交易方式或者国务院证券监督管理机构批准的其他方式。

（五）证券形式

证券交易当事人买卖的证券可以采用纸面形式或者国务院证券监督管理机构规定的其他形式。

[特别提示] 纸面形式的股票一般存在于非上市的股份公司；上市公司一般采用数字形式。

（六）程序化交易限制

通过计算机程序自动生成或者下达交易指令进行程序化交易的，应当符合国务院证券监督管理机构的规定，并向证券交易所报告，不得影响证券交易所系统安全或者正常交易秩序。

考点 2 证券交易的禁止和限制性规定

（一）一般规定

1. 职业回避

（1）任期或限期内禁止持有或买卖。证券交易场所、证券公司和证券登记结算机构的从业人员，证券监督管理机构的工作人员以及法律、行政法规规定禁止参与股票交易的其他人员，在任期或者法定限期内，不得直接或者以化名、借他人名义持有、买卖股票或者其他具有股权性质的证券，也不得收受他人赠送的股票或者其他具有股权性质的证券。

（2）任职前已持有的证券须转让。任何人在成为上述所列人员时，其原已持有的股票或者其他具有股权性质的证券，必须依法转让。

（3）因股权激励或员工持股计划而持股者的例外。实施股权激励计划或者员工持股计划的证券公司的从业人员，可以按照国务院证券监督管理机构的规定持有、卖出本公司股票或者其他具有股权性质的证券。

2. 保密

（1）证券交易场所、证券公司、证券登记结算机构、证券服务机构及其工作人员应当依法为投资者的信息保密，不得非法买卖、提供或者公开投资者的信息。

（2）证券交易场所、证券公司、证券登记结算机构、证券服务机构及其工作人员不得泄露所知悉的商业秘密。

3. 中介机构及人员限制

（1）为证券发行提供服务→限制承销期内+期满六个月。为证券发行出具审计报告或者法律意见书等文件的证券服务机构和人员，在该证券承销期内和期满后六个月内，不得买卖该证券。

（2）为发行人及主要成员或为重大交易提供服务→实质接触+文件公开后 5 日。为发行人及其控股股东、实际控制人，或者收购人、重大资产交易方出具审计报告或者法律意见书等文件的证券服务机构和人员，自接受委托之日起至上述文件公开后五日内，不得买卖该证券。实际开展上述有关工作之日早于接受委托之日的，自实际开展上述有关工作之日起至上述文件公开后五日内，不得买卖该证券。

4. 禁止短线交易

（1）禁止上市公司董事、监事、高管、大股东短线交易。上市公司、股票在国务院批准的其他全国性证券交易场所交易的公司持有百分之五以上股份的股东、董事、监事、高

级管理人员，将其持有的该公司的股票或者其他具有股权性质的证券在买入后六个月内卖出，或者在卖出后六个月内又买入，由此所得收益归该公司所有，公司董事会应当收回其所得收益。

上述所称董事、监事、高级管理人员、自然人股东持有的股票或者其他具有股权性质的证券，包括其配偶、父母、子女持有的及利用他人账户持有的股票或者其他具有股权性质的证券。

(2) 证券公司包销证券而持股5%以上，不受短线交易限制。证券公司因购入包销售后剩余股票而持有百分之五以上股份，以及有国务院证券监督管理机构规定的其他情形的除外。

(3) 股东代位诉讼制度。公司董事会不按照(1)规定执行的，股东有权要求董事会在三十日内执行。公司董事会未在上述期限内执行的，股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

公司董事会不按照(1)的规定执行的，负有责任的董事依法承担连带责任。

(二) 禁止内幕交易

1. 内幕信息知情人员的范围

证券交易内幕信息的知情人包括：(1) 发行人及其董事、监事、高级管理人员；(2) 持有公司百分之五以上股份的股东及其董事、监事、高级管理人员，公司的实际控制人及其董事、监事、高级管理人员；(3) 发行人控股或者实际控制的公司及其董事、监事、高级管理人员；(4) 由于所任公司职务或者因与公司业务往来可以获取公司有关内幕信息的人员；(5) 上市公司收购人或者重大资产交易方及其控股股东、实际控制人、董事、监事和高级管理人员；(6) 因职务、工作可以获取内幕信息的证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券服务机构的有关人员；(7) 因职责、工作可以获取内幕信息的证券监督管理机构工作人员；(8) 因法定职责对证券的发行、交易或者对上市公司及其收购、重大资产交易进行管理可以获取内幕信息的有关主管部门、监管机构的工作人员；(9) 国务院证券监督管理机构规定的可以获取内幕信息的其他人员。

2. 内幕信息

(1) 证券交易活动中，涉及发行人的经营、财务或者对该发行人证券的市场价格有重大影响的尚未公开的信息，为内幕信息。

(2) 对上市交易的股票或债券的交易价格产生较大影响，需要进行临时报告的重大事件。

3. 禁止内幕交易

(1) 内幕信息的知情人和非法获取内幕信息的人禁止内幕交易。证券交易内幕信息的知情人和非法获取内幕信息的人，在内幕信息公开前，不得买卖该公司的证券，或者泄露该信息，或者建议他人买卖该证券。

持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有公司百分之五以上股份的自然人、法人、非法人组织收购上市公司的股份，《证券法》另有规定的，适用其规定。

内幕交易行为给投资者造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

(2) 禁止机构及从业人员利用未公开信息交易。禁止证券交易场所、证券公司、证券登记结算机构、证券服务机构和其他金融机构的从业人员、有关监管部门或者行业协会的工作人员，利用因职务便利获取的内幕信息以外的其他未公开的信息，违反规定，从事与该信息相关的证券交易活动，或者明示、暗示他人从事相关交易活动。

利用未公开信息进行交易给投资者造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

（三）禁止操纵证券市场的行为

禁止任何人以下列手段操纵证券市场，影响或者意图影响证券交易价格或者证券交易量：1. 单独或者通过合谋，集中资金优势、持股优势或者利用信息优势联合或者连续买卖；2. 与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券交易；3. 在自己实际控制的账户之间进行证券交易；4. 不以成交为目的，频繁或者大量申报并撤销申报；5. 利用虚假或者不确定的重大信息，诱导投资者进行证券交易；6. 对证券、发行人公开作出评价、预测或者投资建议，并进行反向证券交易；7. 利用在其他相关市场的活动操纵证券市场；8. 操纵证券市场的其他手段。

操纵证券市场行为给投资者造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

（四）禁止虚假陈述和信息误导行为

1. 禁止任何单位和个人编造、传播虚假信息或者误导性信息，扰乱证券市场。
2. 禁止证券交易场所、证券公司、证券登记结算机构、证券服务机构及其从业人员，证券业协会、证券监督管理机构及其工作人员，在证券交易活动中作出虚假陈述或者信息误导。
3. 各种传播媒介传播证券市场信息必须真实、客观，禁止误导。传播媒介及其从事证券市场信息报道的工作人员不得从事与其工作职责发生利益冲突的证券买卖。
4. 编造、传播虚假信息或者误导性信息，扰乱证券市场，给投资者造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

（五）禁止欺诈客户行为

禁止证券公司及其从业人员从事下列损害客户利益的行为：1. 违背客户的委托为其买卖证券；2. 不在规定时间内向客户提供交易的确认文件；3. 未经客户的委托，擅自为客户买卖证券，或者假借客户的名义买卖证券；4. 为牟取佣金收入，诱使客户进行不必要的证券买卖；5. 其他违背客户真实意思表示，损害客户利益的行为。

违反上述规定给客户造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

（六）禁止借用账户

任何单位和个人不得违反规定，出借自己的证券账户或者借用他人的证券账户从事证券交易。

（七）禁止资金违规流入股市

1. 依法拓宽资金入市渠道，禁止资金违规流入股市；
2. 禁止投资者违规利用财政资金、银行信贷资金买卖证券。

考点 3 证券上市

（一）上市申请

申请证券上市交易，应当向证券交易所提出申请，由证券交易所依法审核同意，并由双方签订上市协议。

证券交易所根据国务院授权的部门的决定安排政府债券上市交易。

（二）上市条件

1. 申请证券上市交易，应当符合证券交易所上市规则规定的上市条件。
2. 证券交易所上市规则规定的上市条件，应当对发行人的经营年限、财务状况、最低公开发行比例和公司治理、诚信记录等提出要求。

（三）终止上市

1. 上市交易的证券，有证券交易所规定的终止上市情形的，由证券交易所按照业务规则终止其上市交易。
2. 证券交易所决定终止证券上市交易的，应当及时公告，并报国务院证券监督管理

机构备案。

考点4 上市公司收购★

（一）上市公司收购的概念和方式

1. 上市公司收购的概念：是指投资者依法定程序公开收购股份有限公司已经发行上市的股份，以达到对该公司控股或兼并目的的行为。实施收购行为的投资者称为收购人，作为收购目标的上市公司称为被收购公司。

2. 上市公司收购的方式

（1）要约收购。

（2）协议收购

采取协议收购方式的，收购人可以依照法律、行政法规的规定同被收购公司的股东以协议方式进行股份转让。

以协议方式收购上市公司时，达成协议后，收购人必须在三日内将该收购协议向国务院证券监督管理机构及证券交易所作出书面报告，并予公告。

在公告前不得履行收购协议。

（3）其他合法方式。

（二）预警制度

预警界限	完成动作	表决权限制
初次持股 5%	通过证券交易所的证券交易， <u>投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的有表决权股份达到百分之五时</u> ，应当在该事实发生之日起 <u>三日内</u> ： 1. 向国务院证券监督管理机构、证券交易所作出 <u>书面报告</u> ； 2. <u>通知</u> 该上市公司； 3. <u>予以公告</u> ； 4. 在上述期限内不得再行买卖该上市公司的股票，但国务院证券监督管理机构规定的情形除外。 [总结] 3日内通知+公告+报告+禁止交易。	违反前述规定买入上市公司有表决权的股份的，在买入后的 <u>三十六个月内</u> ，对该 <u>超过规定比例部分的股份不得行使表决权</u> 。
增/减幅度达 5%	投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的有表决权股份达到 <u>百分之五后</u> ，其所持该上市公司已发行的有表决权股份比例 <u>每增加或者减少百分之五</u> ： 1. 3日内通知+公告+报告； 2. 在该事实发生之日起至公告后 <u>三日内</u> ，不得再行买卖该上市公司的股票，但国务院证券监督管理机构规定的情形除外。 [总结] 3日内通知+公告+报告+6日内禁止交易。	
增/减幅度达 1%	投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的有表决权股份达到 <u>百分之五后</u> ，其所持该上市公司已发行的有表决权股份比例 <u>每增加或者减少百分之二</u> ，应当在该事实发生的 <u>次日</u> 通知该上市公司，并予公告。 [总结] 次日通知+公告。	/

（三）要约收购

1. 适用条件

（1）持股达 30%，继续收购时需采用要约收购。通过证券交易所的证券交易，投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的有表决权股份达到百分之三十时，继续进行收购的，应当依法向该上市公司所有股东发出收购上市公司全部或者部分股份的要约。

(2) 对被收购方所有股东一视同仁：①收购要约提出的各项收购条件，适用于被收购公司的所有股东；②上市公司发行不同种类股份的，收购人可以针对不同种类股份提出不同的收购条件。

2. 公告。依照前述规定发出收购要约，收购人必须公告上市公司收购报告书。

[特别提示] 无需审批

3. 要约收购期限

(1) 收购要约约定的收购期限不得少于三十日，并不得超过六十日。

(2) 期限内交易限制

采取要约收购方式的，收购人在收购期限内，不得卖出被收购公司的股票，也不得采取要约规定以外的形式和超出要约的条件买入被收购公司的股票。

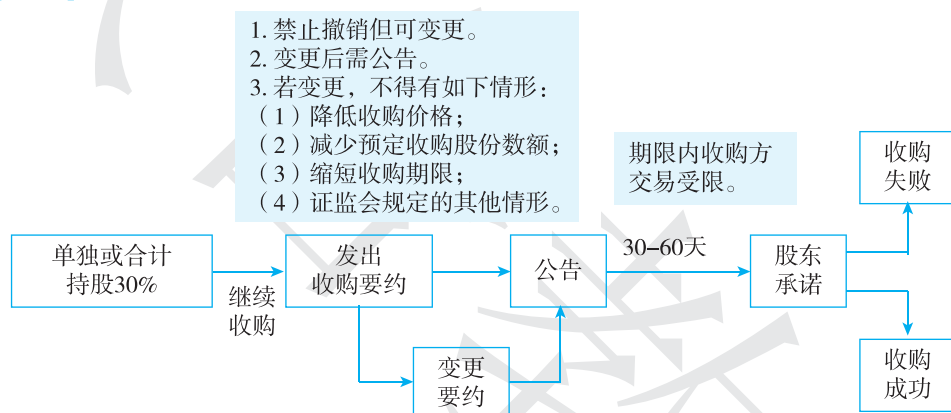
4. 撤销及变更

(1) 不得撤销。在收购要约确定的承诺期限内，收购人不得撤销其收购要约。

(2) 更改需公告且符合法定情形

收购人需要变更收购要约的，应当及时公告，载明具体变更事项，且不得存在下列情形：①降低收购价格；②减少预定收购股份数额；③缩短收购期限；④国务院证券监督管理机构规定的其他情形。

[总结] 要约收购流程



(四) 未依法预警或要约的法律责任

1. 收购人→责令改正+警告+罚款。收购人未按照《证券法》规定履行上市公司收购的公告、发出收购要约义务的，责令改正，给予警告，并处以五十万元以上五百万元以下的罚款。

2. 责任人→警告+罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以二十万元以上二百万元以下的罚款。

3. 依法赔偿。收购人及其控股股东、实际控制人利用上市公司收购，给被收购公司及其股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

(五) 上市公司收购完成后的结果

1. 如果被收购方不再符合上市要求，被收购方被终止上市+强制收购

收购期限届满，被收购公司股权分布不符合证券交易所规定的上市交易要求的，该上市公司的股票应当由证券交易所依法终止上市交易；其余仍持有被收购公司股票的股东，有权向收购人以收购要约的同等条件出售其股票，收购人应当收购。

[特别提示] 如果收购期限届满后，被收购公司股权分布仍符合上市交易要求，不会导致上述结果

2. 收购行为完成后，被收购公司不再具备股份有限公司条件的，应当依法变更企业

形式。

3. 收购行为完成后，收购人与被收购公司合并，并将该公司解散的，被解散公司的原有股票由收购人依法更换。

4. 收购行为完成后，收购人应当在十五日内将收购情况报告国务院证券监督管理机构和证券交易所，并予公告。

5. 在上市公司收购中，收购人持有的被收购的上市公司的股票，在收购行为完成后的十八个月内不得转让。

考点5 信息披露★

（一）信息披露义务

1. 信息披露基本义务

（1）发行人及法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定的其他信息披露义务人，应当及时依法履行信息披露义务。

（2）信息披露义务人披露的信息，应当真实、准确、完整，简明清晰，通俗易懂，不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。

（3）证券同时在境内境外公开发行、交易的，其信息披露义务人在境外披露的信息，应当在境内同时披露。

2. 同时向所有投资者披露

（1）信息披露义务人披露的信息应当同时向所有投资者披露，不得提前向任何单位和个人泄露。但是，法律、行政法规另有规定的除外。

（2）任何单位和个人不得非法要求信息披露义务人提供依法需要披露但尚未披露的信息。任何单位和个人提前获知的前述信息，在依法披露前应当保密。

3. 自愿披露

（1）除依法需要披露的信息之外，信息披露义务人可以自愿披露与投资者作出价值判断和投资决策有关的信息，但不得与依法披露的信息相冲突，不得误导投资者。

（2）发行人及其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员等作出公开承诺的，应当披露。不履行承诺给投资者造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

（二）定期报告

上市公司、公司债券上市交易的公司、股票在国务院批准的其他全国性证券交易场所交易的公司，应当按照国务院证券监督管理机构和证券交易场所规定的内容和格式编制定期报告，并按照以下规定报送和公告：

1. 在每一会计年度结束之日起四个月内，报送并公告年度报告，其中的年度财务会计报告应当经符合《证券法》规定的会计师事务所审计；

2. 在每一会计年度的上半年结束之日起二个月内，报送并公告中期报告。

[特别提示] 年度报告须依法审计。

（三）临时报告

1. 影响股票交易价格的重大事件临时报告。

发生可能对上市公司、股票在国务院批准的其他全国性证券交易场所交易的公司股票交易价格产生较大影响的重大事件，投资者尚未得知时，公司应当立即将有关该重大事件的情况向国务院证券监督管理机构和证券交易场所报送临时报告，并予公告，说明事件的起因、目前的状态和可能产生的法律后果。

上述所称重大事件包括：（1）公司的经营方针和经营范围的重大变化；（2）公司的重大投资行为，公司在一年内购买、出售重大资产超过公司资产总额百分之三十，或者公

司营业用主要资产的抵押、质押、出售或者报废一次超过该资产的百分之三十；(3) 公司订立重要合同、提供重大担保或者从事关联交易，可能对公司的资产、负债、权益和经营成果产生重要影响；(4) 公司发生重大债务和未能清偿到期重大债务的违约情况；(5) 公司发生重大亏损或者重大损失；(6) 公司生产经营的外部条件发生的重大变化；(7) 公司的董事、三分之一以上监事或者经理发生变动，董事长或者经理无法履行职责；(8) 持有公司百分之五以上股份的股东或者实际控制人持有股份或者控制公司的情况发生较大变化，公司的实际控制人及其控制的其他企业从事与公司相同或者相似业务的情况发生较大变化；(9) 公司分配股利、增资的计划，公司股权结构的重要变化，公司减资、合并、分立、解散及申请破产的决定，或者依法进入破产程序、被责令关闭；(10) 涉及公司的重大诉讼、仲裁，股东大会、董事会决议被依法撤销或者宣告无效；(11) 公司涉嫌犯罪被依法立案调查，公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员涉嫌犯罪被依法采取强制措施；(12) 国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

公司的控股股东或者实际控制人对重大事件的发生、进展产生较大影响的，应当及时将其知悉的有关情况书面告知公司，并配合公司履行信息披露义务。

2. 影响债券交易价格的重大事件临时报告

发生可能对上市交易公司债券的交易价格产生较大影响的重大事件，投资者尚未得知时，公司应当立即将有关该重大事件的情况向国务院证券监督管理机构和证券交易场所报送临时报告，并予公告，说明事件的起因、目前的状态和可能产生的法律后果。

上述所称重大事件包括：(1) 公司股权结构或者生产经营状况发生重大变化；(2) 公司债券信用评级发生变化；(3) 公司重大资产抵押、质押、出售、转让、报废；(4) 公司发生未能清偿到期债务的情况；(5) 公司新增借款或者对外提供担保超过上年末净资产的百分之二十；(6) 公司放弃债权或者财产超过上年末净资产的百分之十；(7) 公司发生超过上年末净资产百分之十的重大损失；(8) 公司分配股利，作出减资、合并、分立、解散及申请破产的决定，或者依法进入破产程序、被责令关闭；(9) 涉及公司的重大诉讼、仲裁；(10) 公司涉嫌犯罪被依法立案调查，公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员涉嫌犯罪被依法采取强制措施；(11) 国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

(四) 违反信息披露的法律责任

1. 违反信息披露的行为表现：信息披露义务人未按照规定披露信息，或者公告的证券发行文件、定期报告、临时报告及其他信息披露资料存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，致使投资者在证券交易中遭受损失。

2. 法律责任

赔偿责任

归责原则	适用情形
无过错责任	信息披露义务人应当承担赔偿责任。
过错推定责任	发行人的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司及其直接责任人员，应当与发行人承担连带赔偿责任，但是能够证明自己没有过错的除外。

3. 处罚

(1) 发行人在其公告的证券发行文件中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容

发行人	尚未发行证券→二百万元以上二千万元以下的罚款；(旧：30-60 万)
	已经发行证券→非法所募资金金额百分之十以上一倍以下的罚款。(旧：1%-5%)
直接责任人	一百万元以上一千万元以下的罚款。(旧：3-30 万)

(2) 发行人的控股股东、实际控制人组织、指使从事上述违法行为

控股股东、实际控制人	有违法所得→没收违法所得+违法所得百分之十以上一倍以下的罚款。 没有违法所得或者违法所得不足二千万元的→二百万元以上二千万元以下的罚款。
直接责任人	一百万元以上一千万元以下的罚款。

(3) 保荐人出具有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的保荐书，或者不履行其他法定职责

保荐人	1. 责令改正，给予警告； 2. 罚款：(1) 有业务收入的→没收业务收入+业务收入一倍以上十倍以下的罚款； (2) 没有业务收入或业务收入不足一百万元→一百万元以上一千万元以下的罚款。 3. 情节严重的，并处暂停或者撤销保荐业务许可。
直接责任人	警告+五十万元以上五百万元以下的罚款。

【例】康美药业财务造假案。

2018年年底，证监会对康美药业进行立案调查，调查结果是，康美药业2016年至2018年财务报告存在重大虚假。在披露中，证监会还给出了目前查到的康美药业三个方面的违法事项，第一个是使用虚假银行单据虚增存款，第二个是通过伪造业务凭证进行收入造假，第三个则是部分资金转入到关联方账户买卖本公司股票。涉及资金近300亿。

对此违法信息披露造成的投资者损失，康美药业需要承担无过错责任；

康美药业的控股股东、实控人马兴田夫妇、董事、高管、直接责任人，康美药业直接融资的主承销商，包括广发证券、建设银行、交通银行等均需按照过错推定的原则承担赔偿责任。

承办其审计业务的正中珠江会计师事务所亦难辞其咎。

考点6 投资人保护★

(一) 投资者适当性管理

1. 投资者适当性管理

(1) 证券公司向投资者销售证券、提供服务时，应当按照规定充分了解投资者的基本情况、财产状况、金融资产状况、投资知识和经验、专业能力等相关信息；如实说明证券、服务的重要内容，充分揭示投资风险；销售、提供与投资者上述状况相匹配的证券、服务。证券公司违反上述规定导致投资者损失的，应当承担相应的赔偿责任。

(2) 投资者在购买证券或者接受服务时，应当按照证券公司明示的要求提供上述所列真实信息。拒绝提供或者未按照要求提供信息的，证券公司应当告知其后果，并按照规定拒绝向其销售证券、提供服务。

2. 普通投资者的特别保护

(1) 投资者分类。根据财产状况、金融资产状况、投资知识和经验、专业能力等因素，投资者可以分为普通投资者和专业投资者。专业投资者的标准由国务院证券监督管理机构规定。

(2) 普通投资者与证券公司的纠纷，证券公司需自证清白。普通投资者与证券公司发生纠纷的，证券公司应当证明其行为符合法律、行政法规以及国务院证券监督管理机构的规定，不存在误导、欺诈等情形。证券公司不能证明的，应当承担相应的赔偿责任。

(二) 公开征集股东权利

1. 征集人。上市公司董事会、独立董事、持有百分之一以上有表决权股份的股东或者依照法律、行政法规或者国务院证券监督管理机构的规定设立的投资者保护机构（以下

简称投资者保护机构), 可以作为征集人。

2. 征集方式及限制

(1) 征集人可自行或者委托证券公司、证券服务机构, 公开请求上市公司股东委托其代为出席股东大会, 并代为行使提案权、表决权等股东权利。

(2) 依照上述规定征集股东权利的, 征集人应当披露征集文件, 上市公司应当予以配合。

(3) 禁止以有偿或者变相有偿的方式公开征集股东权利。

(4) 公开征集股东权利违反法律、行政法规或者国务院证券监督管理机构有关规定, 导致上市公司或者其股东遭受损失的, 应当依法承担赔偿责任。

(三) 资产收益权的保障

1. 上市公司应当在章程中明确分配现金股利的具体安排和决策程序, 依法保障股东的资产收益权。

2. 上市公司当年税后利润, 在弥补亏损及提取法定公积金后有盈余的, 应当按照公司章程的规定分配现金股利。

(四) 债券持有人的保护

1. 设立债券持有人会议。公开发行公司债券的, 应当设立债券持有人会议, 并应当在募集说明书中说明债券持有人会议的召集程序、会议规则和其他重要事项。

2. 债券受托管理人

(1) 聘请及变更债券受托管理人。公开发行公司债券的, 发行人应当为债券持有人聘请债券受托管理人, 并订立债券受托管理协议。受托管理人应当由本次发行的承销机构或者其他经国务院证券监督管理机构认可的机构担任, 债券持有人会议可以决议变更债券受托管理人。

(2) 债券受托管理人的职责。债券受托管理人应当勤勉尽责, 公正履行受托管理职责, 不得损害债券持有人利益。

(3) 债券管理人受托进行代位诉讼。债券发行人未能按期兑付债券本息的, 债券受托管理人可以接受全部或者部分债券持有人的委托, 以自己名义代表债券持有人提起、参加民事诉讼或者清算程序。

(五) 投资者保护机构深度介入

1. 投服中心受托与投资者协议由相关责任主体先行赔付。发行人因欺诈发行、虚假陈述或者其他重大违法行为给投资者造成损失的, 发行人的控股股东、实际控制人、相关的证券公司可以委托投资者保护机构, 就赔偿事宜与受到损失的投资者达成协议, 予以先行赔付。先行赔付后, 可以依法向发行人以及其他连带责任人追偿。

2. 调解。投资者与发行人、证券公司等发生纠纷的, 双方可以向投资者保护机构申请调解。普通投资者与证券公司发生证券业务纠纷, 普通投资者提出调解请求的, 证券公司不得拒绝。

3. 支持投资者诉讼。投资者保护机构对损害投资者利益的行为, 可以依法支持投资者向人民法院提起诉讼。

4. 代位诉讼。发行人的董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定给公司造成损失, 发行人的控股股东、实际控制人等侵犯公司合法权益给公司造成损失, 投资者保护机构持有该公司股份的, 可以为公司的利益以自己的名义向人民法院提起诉讼, 持股比例和持股期限不受《中华人民共和国公司法》规定的限制。

[特别提示] 投资者保护机构提起代位诉讼的, 不受1%的持股比例及180天的持股时间的限制。

(六) 代表人诉讼

1. 概念。投资者提起虚假陈述等证券民事赔偿诉讼时, 诉讼标的是同一种类, 且当

事人一方人数众多的，可以依法推选代表人进行诉讼。

2. 一人牵头，法院公告，股东登记参与。对按照上述规定提起的诉讼，可能存在有相同诉讼请求的其他众多投资者的，人民法院可以发出公告，说明该诉讼请求的案件情况，通知投资者在一定期间向人民法院登记。人民法院作出的判决、裁定，对参加登记的投资者发生法律效力。

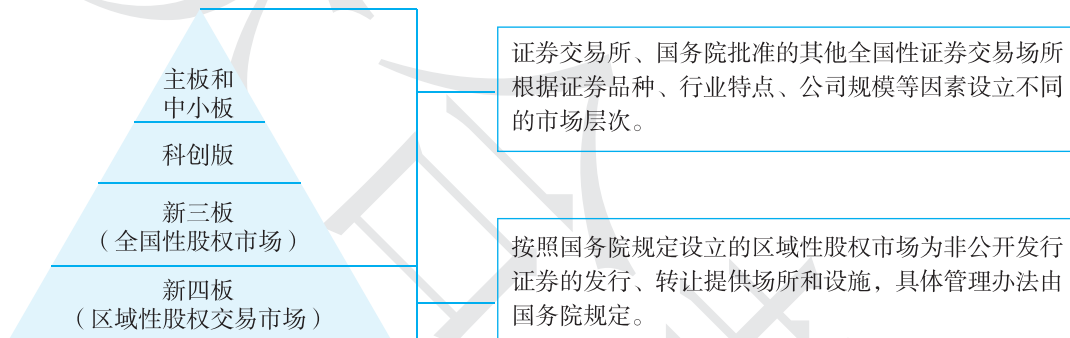
3. 投资者保护机构代表诉讼，默示加入，明示退出。投资者保护机构受五十名以上投资者委托，可以作为代表人参加诉讼，并为经证券登记结算机构确认的权利人依照上述规定向人民法院登记，但投资者明确表示不愿意参加该诉讼的除外。

第四节 证券机构

考点1 证券交易场所

(一) 多层次的证券交易场所

证券交易所、国务院批准的其他全国性证券交易场所为证券集中交易提供场所和设施，组织和监督证券交易，实行自律管理，依法登记，取得法人资格。



(二) 证券交易所的特征

1. 章程。设立证券交易所必须制定章程。证券交易所章程的制定和修改，必须经国务院证券监督管理机构批准。

2. 费用收入

(1) 证券交易所可以自行支配的各项费用收入，应当首先用于保证其证券交易场所和设施的正常运行并逐步改善。

(2) 实行会员制的证券交易所的财产积累归会员所有，其权益由会员共同享有，在其存续期间，不得将其财产积累分配给会员。

3. 组织结构。实行会员制的证券交易所设理事会、监事会。证券交易所设总经理一人，由国务院证券监督管理机构任免。

(三) 会员制管理、实名制交易

1. 进入实行会员制的证券交易所参与集中交易的，必须是证券交易所的会员。证券交易所不得允许非会员直接参与股票的集中交易。

2. 投资者应当与证券公司签订证券交易委托协议，并在证券公司实名开立账户，以书面、电话、自助终端、网络等方式，委托该证券公司代其买卖证券。

3. 证券公司核对投资者身份信息

(1) 为投资者开立账户，应当按照规定对投资者提供的身份信息进行核对。

(2) 证券公司不得将投资者的账户提供给他人使用。

(3) 投资者应当使用实名开立的账户进行交易。

(四) 证券交易所的职权

1. 证券交易所应当为组织公平的集中交易提供保障, 实时公布证券交易即时行情, 并按交易日制作证券市场行情表, 予以公布。

2. 决定停牌复牌。上市公司可以向证券交易所申请其上市交易股票的停牌或者复牌, 但不得滥用停牌或者复牌损害投资者的合法权益。

证券交易所可以按照业务规则的规定, 决定上市交易股票的停牌或者复牌。

3. 突发性事件处理。(技术性停牌、临时停市)

4. 对证券交易实行实时监控。

5. 加强对证券交易的风险监测。出现重大异常波动的, 证券交易所可以按照业务规则采取限制交易、强制停牌等处置措施, 并向国务院证券监督管理机构报告; 严重影响证券市场稳定的, 证券交易所可以按照业务规则采取临时停市等处置措施并公告。

证券交易所对其依照上述规定采取措施造成的损失, 不承担民事赔偿责任, 但存在重大过错的除外。

考点 2 证券公司

(一) 组织形式与设立条件

证券公司是指依照《公司法》和《证券法》规定设立的经营证券业务的有限责任公司或者股份有限公司。

其应当具备下列条件, 并经国务院证券监督管理机构批准:

1. 有符合法律、行政法规规定的公司章程;

2. 主要股东及公司的实际控制人具有良好的财务状况和诚信记录, 最近三年无重大违法违规记录;

3. 有符合《证券法》规定的公司注册资本;

4. 董事、监事、高级管理人员、从业人员符合《证券法》规定的条件;

5. 有完善的风险管理与内部控制制度;

6. 有合格的经营场所、业务设施和信息技术系统;

7. 法律、行政法规和经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

未经国务院证券监督管理机构批准, 任何单位和个人不得以证券公司名义开展证券业务活动。

(二) 对证券公司的监管

1. 重大事项核准。证券公司变更证券业务范围, 变更主要股东或者公司的实际控制人, 合并、分立、停业、解散、破产, 应当经国务院证券监督管理机构核准。

2. 禁止对内担保或融资。证券公司除依照规定为其客户提供融资融券外, 不得为其股东或者股东的关联人提供融资或者担保。

3. 实名进行自营业务。

(1) 证券公司的自营业务必须以自己的名义进行, 不得假借他人名义或者以个人名义进行。

(2) 证券公司的自营业务必须使用自有资金和依法筹集的资金。

(3) 证券公司不得将其自营账户借给他人使用。

4. 妥善保管客户资金。

(1) 证券公司客户的交易结算资金应当存放在商业银行, 以每个客户的名义单独立户管理。

(2) 证券公司不得将客户的交易结算资金和证券归入其自有财产。禁止任何单位或者个人以任何形式挪用客户的交易结算资金和证券。证券公司破产或者清算时, 客户的交易

结算资金和证券不属于其破产财产或者清算财产。非因客户本身的债务或者法律规定的其他情形，不得查封、冻结、扣划或者强制执行客户的交易结算资金和证券。

5. 不得接受客户的全权委托

证券公司办理经纪业务，不得接受客户的全权委托而决定证券买卖、选择证券种类、决定买卖数量或者买卖价格。

证券公司不得允许他人以证券公司的名义直接参与证券的集中交易。

6. 禁止承诺。证券公司不得对客户证券买卖的收益或者赔偿证券买卖的损失作出承诺。

7. 证券公司的从业人员不得私下接受客户委托买卖证券。

8. 证券公司应当建立客户信息查询制度。妥善保存客户的相关信息，信息的保存期限不得少于二十年。

考点3 其他证券机构

(一) 证券登记结算机构

证券登记结算机构为证券交易提供集中登记、存管与结算服务，不以营利为目的，依法登记，取得法人资格。

设立证券登记结算机构必须经国务院证券监督管理机构批准。

(二) 证券服务机构

1. 会计师事务所、律师事务所以及从事证券投资咨询、资产评估、资信评级、财务顾问、信息技术系统服务的证券服务机构，应当勤勉尽责、恪尽职守，按照相关业务规则为证券的交易及相关活动提供服务。

2. 从事证券投资咨询服务业务，应当经国务院证券监督管理机构核准；未经核准，不得为证券的交易及相关活动提供服务。从事其他证券服务业务，应当报国务院证券监督管理机构和国务院有关主管部门备案。

(三) 证券业协会

1. 证券业协会是证券业的自律性组织，是社会团体法人。

2. 证券公司应当加入证券业协会。

3. 证券业协会的权力机构为全体会员组成的会员大会。

(四) 证券监督管理机构

国务院证券监督管理委员会是我国的证券监督管理机构。

第五节 证券投资基金法律制度

考点1 证券投资基金概述

证券投资基金是指通过公开发售基金份额或者非公开募集资金设立证券投资基金（以下简称基金），由基金管理人管理，基金托管人托管，为基金份额持有人的利益，以资产组合的方式进行证券投资活动而获取一定收益的投资工具。具有如下特征：

1. 依据信托原理来组织证券投资；

2. 证券投资基金只能投资于股票或债券等有价值证券，不能投资于证券以外的项目；

3. 证券投资基金的投资收益由基金份额持有人享有。

考点2 证券投资基金关系中的当事人

(一) 基金份额持有人

基金份额持有人是指购买基金份额的投资者。是在记名的情况下，在登记册上登记为持有基金的人，或者在不记名的情况下直接持有基金份额的人。基金份额持有人享有如下

权利:

1. 分享基金财产收益;
2. 参与分配清算后的剩余基金财产;
3. 依法转让或者申请赎回其持有的基金份额;
4. 按照规定要求召开基金份额持有人大会或者召集基金份额持有人大会;
5. 对基金份额持有人大会审议事项行使表决权;
6. 对基金管理人、基金托管人、基金服务机构损害其合法权益的行为依法提起诉讼;
7. 基金合同约定的其他权利;
8. 知情权。公开募集基金的基金份额持有人有权查阅或者复制公开披露的基金信息资料。

非公开募集基金的基金份额持有人对涉及自身利益的情况,有权查阅基金的财务会计账簿等财务资料。

基金份额持有人大会由代表 1/2 以上基金份额的持有人参加方可召开。大会就审议事项作出决定,应当经参加大会的基金份额持有人所持表决权的 1/2 以上通过,但是转换基金运作方式、更换基金管理人或托管人、提前终止基金合同、与其他基金合并,应当经参加大会的基金份额持有人所持表决权的 2/3 以上通过。基金份额持有人大会决定的事项,应当依法报国务院证券监督管理机构核准或备案,并予以公告。

(二) 基金管理人

1. 概念。基金管理人,是指凭借专门的知识与经验,运用所管理基金的资产,根据法律、法规及基金章程或基金契约的规定,按照科学的投资组合原理进行投资决策,谋求所管理的基金资产不断增值,并使基金持有人获取尽可能多的收益的机构。

2. 组织形式。基金管理人由依法设立的公司或者合伙企业担任。

公开募集基金(以下简称公募基金)的基金管理人,由基金管理公司或者经国务院证券监督管理机构按照规定核准的其他机构担任。

3. 行为禁忌。公开募集基金的基金管理人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员不得有下列行为:

- (1) 将其固有财产或者他人财产混同于基金财产从事证券投资;
- (2) 不公平地对待其管理的不同基金财产;
- (3) 利用基金财产或者职务之便为基金份额持有人以外的人牟取利益;
- (4) 向基金份额持有人违规承诺收益或者承担损失;
- (5) 侵占、挪用基金财产;
- (6) 泄露因职务便利获取的未公开信息、利用该信息从事或者明示、暗示他人从事相关的交易活动;
- (7) 玩忽职守,不按照规定履行职责;
- (8) 法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他行为。

(三) 基金托管人

1. 基金托管人的概念

基金托管人,是指保管各项基金财产,并对基金管理人运用基金财产从事证券投资进行管理的主体。由依法设立的商业银行或者其他金融机构担任。

商业银行担任基金托管人的,由国务院证券监督管理机构会同国务院银行保险业监督管理机构核准;其他金融机构担任基金托管人的,由国务院证券监督管理机构核准。

- (1) 基金托管人只能是商业银行或其他金融机构;
- (2) 基金托管人与基金管理人不得为同一机构;

(3) 基金托管人与基金管理人不得相互出资或者持有股份。

2. 基金托管人的职责

- (1) 安全保管基金财产；
- (2) 按照规定开设基金财产的资金账户和证券账户；
- (3) 对所托管的不同基金财产分别设置账户，确保基金财产的完整与独立；
- (4) 保存基金托管业务活动的记录、账册、报表和其他相关资料；
- (5) 按照基金合同的约定，根据基金管理人的投资指令，及时办理清算、交割事宜；
- (6) 办理与基金托管业务活动有关的信息披露事项；
- (7) 对基金财务会计报告、中期和年度基金报告出具意见；
- (8) 复核、审查基金管理人计算的基金资产净值和基金份额申购、赎回价格；
- (9) 按照规定召集基金份额持有人大会；
- (10) 按照规定监督基金管理人的投资运作；
- (11) 国务院证券监督管理机构规定的其他职责。

考点 3 公开募集基金的法律规制

(一) 基金的公开募集

公开募集基金，应当经国务院证券监督管理机构注册。未经注册，不得公开或者变相公开募集基金。这里所称公开募集基金，包括向不特定对象募集资金、向特定对象募集资金累计超过 200 人，以及法律、行政法规规定的其他情形。公开募集基金应当由基金管理人管理，基金托管人托管。

1. 注册。国务院证券监督管理机构于接到申请后 6 个月内审查，作出是否注册的決定，并通知申请人。

2. 销售。基金管理人应当自收到准予注册文件之日起 6 个月内进行基金募集。超过 6 个月开始募集，原注册的事项未发生实质性变化的，应当报国务院证券监督管理机构备案；发生实质性变化的，应当向国务院证券监督管理机构重新提交注册申请。

3. 验资。募集成功的，基金管理人应当自募集期限届满之日起 10 日内聘请法定验资机构验资。

4. 报告、备案。基金管理人自收到验资报告之日起 10 日内，向国务院证券监督管理机构提交验资报告，办理基金备案手续，并予以公告。基金募集期间募集的资金应当存入专门账户，在基金募集行为结束前，任何人不得动用。

5. 基金合同的成立及生效。投资人交纳认购的基金份额的款项时，基金合同成立；基金管理人依法向国务院证券监督管理机构办理基金备案手续时，基金合同生效。

(二) 公开募集基金份额的交易

1. 基金份额上市交易条件

申请基金份额上市交易，基金管理人应当向证券交易所提出申请，证券交易所依法审核同意的，双方应当签订上市协议。

上市交易的条件	终止上市交易的情形
(1) 基金的募集符合《证券投资基金法》的规定；	(1) 不再具备上述上市交易条件；
(2) 基金合同期限为 5 年以上；	(2) 基金合同期限届满；
(3) 基金募集金额不低于 2 亿元人民币；	(3) 基金份额持有人大会决定提前终止上市交易；
(4) 基金份额持有人不少于 1000 人；	(4) 基金合同约定的或者基金份额上市交易规则
(5) 基金份额上市交易规则规定的其他条件。	规定的终止上市交易的其他情形。

2. 封闭式基金的续期和扩募封闭式基金的存续期限届满之后，如果基金需要继续运

行，必须经过基金持有人大会审议。封闭式基金的扩募是指基金在存续期间内因故需要扩大基金的规模，经过基金持有人大会审议通过后可进行的扩大募集行为。续期和扩募都是对于原来的投资计划进行了改变，因此必须具备一定的条件，并按照法律规定履行法定的手续后方可进行。

封闭式基金扩募或者续期，应当符合下列条件，并经国务院证券监督管理机构备案：

- (1) 基金运营业绩良好；
- (2) 基金管理人最近 2 年内没有因违法违规行受到行政处罚或者刑事处罚；
- (3) 基金份额持有人大会决议通过；
- (4) 其他法定条件。

(三) 基金份额的申购和赎回

开放式基金的基金份额的申购、赎回、登记，由基金管理人或者其委托的基金服务机构办理。

基金管理人应当在每个工作日办理基金份额的申购、赎回业务；基金合同另有约定的，从其约定。

投资人交付申购款项，申购成立；基金份额登记机构确认基金份额时，申购生效。基金份额持有人递交赎回申请，赎回成立；基金份额登记机构确认赎回时，赎回生效。

[特别提示] 申购及赎回的成立和生效并非同步完成。基金管理人应当按时支付赎回款项，但是下列情形除外：

- 1. 因不可抗力导致基金管理人不能支付赎回款项，但该情形消失后，基金管理人应当及时支付赎回款项；
- 2. 证券交易所依法决定临时停市，导致基金管理人无法计算当日基金资产净值；
- 3. 基金合同约定的其他特殊情形。

发生上述情形之一的，基金管理人应当在当日报国务院证券监督管理机构备案。开放式基金应该保持足够的现金或政府债券，以备支付基金份额持有人的赎回款项。基金财产中应当保持的现金或政府债券的具体比例，由国务院证券监督管理机构规定。

(四) 基金的投资和收益分配

1. 基金的投资。基金管理人运用基金财产进行证券投资，除国务院证券监督管理机构另有规定外，应当采用资产组合的方式进行。

[特别提示] 分散风险，争取收益最大化。

可以投资的方式	不可投资的方式
1. 上市交易的股票、债券； 2. 国务院证券监督管理机构规定的其他证券及其衍生品种。	1. 承销证券； 2. 违反规定向他人贷款或者提供担保； 3. 从事承担无限责任的投资； 4. 买卖其他基金份额，但是国务院证券监督管理机构另有规定的除外； 5. 向其基金管理人、基金托管人出资； 6. 从事内幕交易、操纵证券交易价格及其他不正当的证券交易活动； 7. 法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他活动。

2. 基金投资的收益分配。封闭式基金的收益分配，每年不得少于一次，封闭式基金年度收益分配比例不得低于基金年度已实现收益的 90%。开放式基金的基金合同则应当约定每年基金收益分配的最多次数和基金收益分配的最低比例。

基金收益分配应当采用现金方式。开放式基金的基金份额持有人可以事先选择将所获分配的现金收益，按照基金合同有关基金份额申购的约定转为基金份额；基金份额持有人事先未作出选择的，基金管理人应当支付现金。

牛刀小试

某基金管理公司在 2003 年曾公开发售一只名为“基金利达”的封闭式基金。该基金原定封闭期 15 年，现即将到期，拟转换为开放式基金继续运行。关于该基金的转换，下列哪一选项是正确的？^①

- A. 须经国务院证券监督管理机构核准
- B. 转换后该基金应保持一定比例的现金或政府债券
- C. 基金份额持有人大会就该转换事宜的决定应经有效表决权的 1/2 以上通过
- D. 转换后基金份额持有人有权查阅或复制该基金的相关会计账簿等财务资料

考点 4 非公开募集基金的法律规制

（一）非公开募集基金当事人

1. 合格投资者。非公开募集基金应当向合格投资者募集，合格投资者累计不得超过 200 人。这里所称的合格投资者，是指达到规定资产规模或者收入水平，并且具备相应的风险识别能力和风险承担能力、其基金份额认购金额不低于规定限额的单位和个人。合格投资者的具体标准由国务院证券监督管理机构规定。

2. 托管人。非公开募集基金应当由基金托管人托管，但是，基金合同另有约定的除外。

[特别提示] 非公开募集基金中有可能没有托管人。

3. 管理人。担任非公开募集基金的基金管理人，应当按照规定向基金行业协会履行登记手续，报送基本情况。未经登记，任何单位或者个人不得使用“基金”或者“基金管理”字样或者近似名称进行证券投资活动；但是，法律、行政法规另有规定的除外。

非公开募集基金，不得向合格投资者之外的单位和自然人募集资金，不得通过报刊、电台、电视台、互联网等公众传播媒体或者讲座、报告会、分析会等方式向不特定对象宣传推介。

（二）非公开募集基金的合同签订与履行

1. 合同签订。非公开募集基金，应当制定并签订基金合同。按照基金合同的约定，非公开募集基金可以由部分基金份额持有人作为基金管理人负责基金的投资管理活动，并在基金财产不足以清偿其债务时对基金财产的债务承担无限连带责任。

2. 非公开募集基金合同的证券投资品种。非公开募集基金财产的证券投资，包括买卖公开发行的股份有限公司股票、债券、基金份额，以及国务院证券监督管理机构规定的其他证券及其衍生品种。

3. 合同履行。基金管理人、基金托管人应当按照基金合同的约定，向基金份额持有人提供基金信息。

非公开募集基金募集完毕，基金管理人应当向基金行业协会备案。对募集的资金总额或者基金份额持有人的人数达到规定标准的基金，基金行业协会应当向国务院证券监督管理机构报告。

[总结]

项目	公募基金	私募基金
对象	不特定对象；（开放式） 特定对象 200 人以上。（封闭式）	合格投资者，不超过 200 人。

① 答案：B。

续表

项目	公募基金	私募基金
方式	公开。	不得通过公众传播媒体或者讲座、报告会、分析会等方式向不特定对象宣传推介。
托管	必须托管。	可选。
注册登记	公开募集基金，应当经国务院证券监督管理机构注册。未经注册，不得公开或者变相公开募集基金。	担任非公开募集基金的基金管理人，应当按照规定向基金行业协会履行登记手续，报送基本情况。
募集完毕程序	验资→证券监督管理机构备案→公告。	基金管理人应当向基金行业协会备案，达到标准后，基金行业协会应当向国务院证券监督管理机构报告。
投资	可投资的方向： 1. 上市交易的股票、债券； 2. 国务院证券监督管理机构规定的其他证券及其衍生品种。 不可投资的方向： 1. 承销证券； 2. 违反规定向他人贷款或者提供担保； 3. 从事承担无限责任的投资； 4. 买卖其他基金份额，但是国务院证券监督管理机构另有规定的除外； 5. 向其基金管理人、基金托管人出资； 6. 从事内幕交易、操纵证券交易价格及其他不正当的证券交易活动； 7. 法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他活动。	公开发行的股份有限公司股票、债券、基金份额，以及国务院证券监督管理机构规定的其他证券及其衍生品种。

考点 5 基金服务机构（略）

考点 6 基金行业协会

基金行业协会是证券投资基金行业的自律性组织，是社会团体法人。基金管理人、基金托管人应当加入基金行业协会，基金服务机构可以加入基金行业协会。

本专题小结

本专题的重点考查内容集中在两个部分：一是《证券法》部分中的证券交易（尤其是交易规则限制、信息披露、上市公司收购、投资者权利保护）；二是《基金法》部分中的基金当事人（主要是基金管理人、托管人的相关内容），公开及非公开募集基金的法律规制等内容。

环召楼前

专题二

森 林 法

复习旨要

本专题的重要考点为森林权属制度，其次为森林保护、经营管理制度。

考点1 森林资源权属制度★

（一）森林资源所有权

1. 森林资源所有权归属

森林资源属于国家所有，由法律规定属于集体所有的除外。国家所有的森林资源的所有权由国务院代表国家行使。国务院可以授权国务院自然资源主管部门统一履行国有森林资源所有者职责。

2. 林木权益归属

（1）国有企业事业单位、机关、团体、部队营造的林木，由营造单位管护并按照国家规定支配林木收益。

（2）农村居民在房前屋后、自留地、自留山种植的林木，归个人所有。城镇居民在自有房屋的庭院内种植的林木，归个人所有。

（3）集体或者个人承包国家所有和集体所有的宜林荒山荒地荒滩营造的林木，归承包的集体或者个人所有；合同另有约定的从其约定。

（4）其他组织或者个人营造的林木，依法由营造者所有并享有林木收益；合同另有约定的从其约定。

（二）森林使用权

1. 国有林地、林木使用权

（1）国家所有的林地和林地上的森林、林木可以依法确定给林业经营者使用。

（2）林业经营者依法取得的国有林地和林地上的森林、林木的使用权，经批准可以转让、出租、作价出资等。具体办法由国务院制定。

林业经营者应当履行保护、培育森林资源的义务，保证国有森林资源稳定增长，提高森林生态功能。

2. 集体林地、林木使用权

(1) 承包经营的集体林地、林木

①集体所有和国家所有依法由农民集体使用的林地（以下简称集体林地）实行承包经营的，承包方享有林地承包经营权和承包林地上的林木所有权，合同另有约定的从其约定。

②承包方可以依法采取出租（转包）、入股、转让等方式流转林地经营权、林木所有权和使用权。

(2) 未实行承包经营的集体林地、林木

①未实行承包经营的集体林地以及林地上的林木，由农村集体经济组织统一经营。

②经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表同意并公示，可以通过招标、拍卖、公开协商等方式依法流转林地经营权、林木所有权和使用权。

(三) 权利确认

1. 林地和林地上的森林、林木的所有权、使用权，由不动产登记机构统一登记造册，核发证书。

2. 国务院确定的国家重点林区（以下简称重点林区）的森林、林木和林地，由国务院自然资源主管部门负责登记。

3. 森林、林木、林地的所有者和使用者的合法权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。

4. 森林、林木、林地的所有者和使用者应当依法保护和合理利用森林、林木、林地，不得非法改变林地用途和毁坏森林、林木、林地。

(四) 权属争议解决

1. 单位之间发生的林木、林地所有权和使用权争议，由县级以上人民政府依法处理。

2. 个人之间、个人与单位之间发生的林木所有权和林地使用权争议，由乡镇人民政府或者县级以上人民政府依法处理。

3. 当事人对有关人民政府的处理决定不服的，可以自接到处理决定通知之日起三十日内，向人民法院起诉。

4. 在林木、林地权属争议解决前，除因森林防火、林业有害生物防治、国家重大基础设施建设等需要外，当事人任何一方不得砍伐有争议的林木或者改变林地现状。

考点 2 林业发展规划

1. 县级以上人民政府应当将森林资源保护和林业发展纳入国民经济和社会发展规划。

2. 县级以上人民政府林业主管部门应当根据森林资源保护发展目标，编制林业发展规划。下级林业发展规划依据上级林业发展规划编制。

3. 县级以上人民政府林业主管部门可以结合本地实际，编制林地保护利用、造林绿化、森林经营、天然林保护等相关专项规划。

考点 3 森林保护

（一）资金支持

中央和地方财政分别安排资金，用于公益林的营造、抚育、保护、管理和非国有公益林权利人的经济补偿等，实行专款专用。具体办法由国务院财政部门会同林业主管部门制定。

（二）特殊价值林木的保护★

1. 国家在不同自然地带的典型森林生态地区、珍贵动物和植物生长繁殖的林区、天然热带雨林区和具有特殊保护价值的其他天然林区，建立以国家公园为主体的自然保护地体系，加强保护管理。

2. 国家支持生态脆弱地区森林资源的保护修复。

3. 县级以上人民政府应当采取措施对具有特殊价值的野生植物资源予以保护。

4. 国家实行天然林全面保护制度，严格限制天然林采伐，加强天然林管护能力建设，保护和修复天然林资源，逐步提高天然林生态功能。具体办法由国务院规定。

5. 国家保护古树名木和珍贵树木。禁止破坏古树名木和珍贵树木及其生存的自然环境。

（三）森林防护

1. 护林员：县级或者乡镇人民政府可以聘用护林员，其主要职责是巡护森林。

2. 森林火灾

（1）地方各级人民政府负责本行政区域的森林防火工作，发挥群防作用；

（2）县级以上人民政府组织领导应急管理、林业、公安等部门按照职责分工密切配合做好森林火灾的科学预防、扑救和处置工作；

（3）国家综合性消防救援队伍承担国家规定的森林火灾扑救任务和预防相关工作。

3. 森林防疫

县级以上人民政府林业主管部门负责本行政区域的林业有害生物的监测、检疫和防治。

（四）林地占用制度★

1. 总量控制

国家保护林地，严格控制林地转为非林地，实行占用林地总量控制，确保林地保有量不减少。各类建设项目占用林地不得超过本行政区域的占用林地总量控制指标。

2. 林地占用及森林植被恢复费★

（1）矿藏勘查、开采以及其他各类工程建设，应当不占或者少占林地；

（2）确需占用林地的，应当经县级以上人民政府林业主管部门审核同意，依法办理建设用地审批手续；（双审批）

（3）占用林地的单位应当缴纳森林植被恢复费。森林植被恢复费征收使用管理办法由国务院财政部门会同林业主管部门制定；

（4）县级以上人民政府林业主管部门应当按照规定安排植树造林，恢复森林植被，植树造林面积不得少于因占用林地而减少的森林植被面积。上级林业主管部门应当定

期督促下级林业主管部门组织植树造林、恢复森林植被，并进行检查。

3. 临时占用

(1) 需要临时使用林地的，应当经县级以上人民政府林业主管部门批准。

(2) 临时使用林地的期限一般不超过二年，并不得在临时使用的林地上修建永久性建筑物。

(3) 临时使用林地期满后一年内，用地单位或者个人应当恢复植被和林业生产条件。

(五) 禁止行为

1. 禁止毁林开垦、采石、采砂、采土以及其他毁坏林木和林地的行为。

2. 禁止向林地排放重金属或者其他有毒有害物质含量超标的污水、污泥，以及可能造成林地污染的清淤底泥、尾矿、矿渣等。

3. 禁止在幼林地砍柴、毁苗、放牧。

4. 禁止擅自移动或者损坏森林保护标志。

考点 4 造林绿化

1. 各级人民政府应当组织各行各业和城乡居民造林绿化。

2. 宜林荒山荒地荒滩属于国家所有的，县级以上林业主管部门或其他有关部门组织开展造林绿化。

3. 宜林荒山荒地荒滩属于集体所有的，由集体经济组织组织开展造林绿化。

4. 城市规划区内、铁路公路两侧、江河两侧、湖泊水库周围，由各有关主管部门按照有关规定因地制宜组织开展造林绿化。

5. 归属单位负责造林绿化

工矿区、工业园区、机关、学校用地，部队营区以及农场、牧场、渔场经营地区，由各该单位负责造林绿化。组织开展城市造林绿化的具体办法由国务院制定。

6. 承包造林绿化

国家所有和集体所有的宜林荒山荒地荒滩可以由单位或者个人承包造林绿化。

[总结] “归谁谁造”。

考点 5 经营管理

(一) 公益林和商品林★

国家根据生态保护的需要，将森林生态区位重要或者生态状况脆弱，以发挥生态效益为主要目的的林地和林地上的森林划定为公益林。未划定为公益林的林地和林地上的森林属于商品林。

1. 公益林的范围和保护

(1) 公益林的范围

公益林由国务院和省、自治区、直辖市人民政府划定并公布。

下列区域的林地和林地上的森林，应当划定为公益林：

①重要江河源头汇水区域；

- ②重要江河干流及支流两岸、饮用水水源地保护区；
- ③重要湿地和重要水库周围；
- ④森林和陆生野生动物类型的自然保护区；
- ⑤荒漠化和水土流失严重地区的防风固沙林基干林带；
- ⑥沿海防护林基干林带；
- ⑦未开发利用的原始林地区；
- ⑧需要划定的其他区域。

公益林划定涉及非国有林地的，应当与权利人签订书面协议，并给予合理补偿。

公益林进行调整的，应当经原划定机关同意，并予以公布。

国家级公益林划定和管理的办法由国务院制定；地方级公益林划定和管理的办法由省、自治区、直辖市人民政府制定。

（2）公益林的保护

- ①国家对公益林实施严格保护。

②县级以上人民政府林业主管部门应当有计划地组织公益林经营者对公益林中生态功能低下的疏林、残次林等低质低效林，采取林分改造、森林抚育等措施，提高公益林的质量和生态保护功能。

③在符合公益林生态区位保护要求和不影响公益林生态功能的前提下，经科学论证，可以合理利用公益林林地资源和森林景观资源，适度开展林下经济、森林旅游等。利用公益林开展上述活动应当严格遵守国家有关规定。

2. 商品林的范围和经营

（1）国家鼓励发展下列商品林：

- ①以生产木材为主要目的的森林；
- ②以生产果品、油料、饮料、调料、工业原料和药材等林产品为主要目的的森林；
- ③以生产燃料和其他生物质能源为主要目的的森林；
- ④其他以发挥经济效益为主要目的的森林。

在保障生态安全的前提下，国家鼓励建设速生丰产、珍贵树种和大径级用材林，增加林木储备，保障木材供给安全。

（2）商品林的经营

商品林由林业经营者依法自主经营。在不破坏生态的前提下，可以采取集约化经营措施，合理利用森林、林木、林地，提高商品林经济效益。

[总结] 公益林严格保护，商品林自主经营。

（二）为林业生产经营服务的工程设施

在林地上修筑下列直接为林业生产经营服务的工程设施，符合国家有关部门规定的标准的，由县级以上人民政府林业主管部门批准，不需要办理建设用地审批手续；超出标准需要占用林地的，应当依法办理建设用地审批手续：

- 1. 培育、生产种子、苗木的设施；
- 2. 贮存种子、苗木、木材的设施；
- 3. 集材道、运材道、防火巡护道、森林步道；
- 4. 林业科研、科普教育设施；

5. 野生动植物保护、护林、林业有害生物防治、森林防火、木材检疫的设施；
6. 供水、供电、供热、供气、通讯基础设施；
7. 其他直接为林业生产服务的工程设施。

[总结] 标准内占用林地→县级以上林业部门审批；超标准占用林地→林业+自然资源主管部门双审批。

（三）森林采伐制度★

1. 国家严格控制森林年采伐量。

2. 采伐作业规则

采伐森林、林木应当遵守下列规定：

（1）公益林只能进行抚育、更新和低质低效林改造性质的采伐。但是，因科研或者实验、防治林业有害生物、建设护林防火设施、营造生物防火隔离带、遭受自然灾害等需要采伐的除外。

（2）商品林应当根据不同情况，采取不同采伐方式，严格控制皆伐面积，伐育同步规划实施。

（3）自然保护区的林木，禁止采伐。但是，因防治林业有害生物、森林防火、维护主要保护对象生存环境、遭受自然灾害等特殊情况必须采伐的和实验区的竹林除外。

省级以上人民政府林业主管部门应当根据上述规定，按照森林分类经营管理、保护优先、注重效率和效益等原则，制定相应的林木采伐技术规程。

3. 采伐许可制度

（1）采伐林地上的林木应当申请采伐许可证，并按照采伐许可证的规定进行采伐。禁止伪造、变造、买卖、租借采伐许可证。

（2）无需采伐许可证

①采伐自然保护区以外的竹林，不需要申请采伐许可证，但应当符合林木采伐技术规程。

②农村居民采伐自留地和房前屋后个人所有的零星林木，不需要申请采伐许可证。

（3）禁止发放采伐许可证

有下列情形之一的，不得核发采伐许可证：

- ①采伐封山育林期、封山育林区内的林木；
- ②上年度采伐后未按照规定完成更新造林任务；
- ③上年度发生重大滥伐案件、森林火灾或者林业有害生物灾害，未采取预防和改进措施；
- ④法律法规和国务院林业主管部门规定的禁止采伐的其他情形。

考点 6 监督检查

（一）约谈

省级以上人民政府林业主管部门对森林资源保护发展工作不力、问题突出、群众反映强烈的地区，可以约谈所在地区县级以上地方人民政府及其有关部门主要负责人，要求其采取措施及时整改。约谈整改情况应当向社会公开。

（二）损害赔偿

破坏森林资源造成生态环境损害的，县级以上人民政府自然资源主管部门、林业主管部门可以依法向人民法院提起诉讼，对侵权人提出损害赔偿要求。

（三）审计监督

审计机关按照国家有关规定对国有森林资源资产进行审计监督。

考点 7 法律责任

（一）盗伐、滥伐

1. 盗伐林木的，由县级以上人民政府林业主管部门责令限期在原地或者异地补种盗伐株数一倍以上五倍以下的树木，并处盗伐林木价值五倍以上十倍以下的罚款。

2. 滥伐林木的，由县级以上人民政府林业主管部门责令限期在原地或者异地补种滥伐株数一倍以上三倍以下的树木，可以处滥伐林木价值三倍以上五倍以下的罚款。

（二）林业主管部门代为履行

违反《森林法》规定，有下列情形之一的，由县级以上人民政府林业主管部门依法组织代为履行，代为履行所需费用由违法者承担：

1. 拒不恢复植被和林业生产条件，或者恢复植被和林业生产条件不符合国家有关规定；
2. 拒不补种树木，或者补种不符合国家有关规定。

恢复植被和林业生产条件、树木补种的标准，由省级以上人民政府林业主管部门制定。

（三）擅自改变林地用途

1. 违反《森林法》规定，未经县级以上人民政府林业主管部门审核同意，擅自改变林地用途的，由县级以上人民政府林业主管部门责令限期恢复植被和林业生产条件，可以处恢复植被和林业生产条件所需费用三倍以下的罚款。

2. 在临时使用的林地上修建永久性建筑物，或者临时使用林地期满后一年内未恢复植被或者林业生产条件的，依照第 1 项的规定处罚。

（四）林地、林木毁坏行为

1. 违反《森林法》规定，进行开垦、采石、采砂、采土或者其他活动

（1）造成林木毁坏

- ①由县级以上人民政府林业主管部门责令停止违法行为；
- ②限期在原地或者异地补种毁坏株数一倍以上三倍以下的树木；
- ③可以处毁坏林木价值五倍以下的罚款。

（2）造成林地毁坏

- ①由县级以上人民政府林业主管部门责令停止违法行为；
- ②限期恢复植被和林业生产条件；
- ③可以处恢复植被和林业生产条件所需费用三倍以下的罚款。

2. 违反《森林法》规定，在幼林地砍柴、毁苗、放牧造成林木毁坏的，由县级以

上人民政府林业主管部门责令停止违法行为，限期在原地或者异地补种毁坏株数一倍以上三倍以下的树木。

本专题小结

本专题包括了森林权属、发展规划、森林保护、造林绿化、经营管理、监督检查、法律责任等内容。森林权属制度是考查的重点，尤其是森林资源归国家或集体所有，但林木可以归营造单位或个人所有；森林资源权属争议解决问题。其次考生需要关注森林保护制度和经营管理制度。森林保护制度中重点关注特殊价值林木的保护和林地占用制度；经营管理制度重点区分公益林和商品林的不同管理制度，关注采伐管理制度。

第三部分

本部分为众合教育 2020《民事诉讼法专题讲座（精讲卷）》以及《民事诉讼法专题讲座（真金题卷）》新法修订内容。

2019《证据规定》出台，给“证据”和“证明”两个专题带来很多细节性变化，为了不影响同学们的阅读体验，老师重新编写了对应内容。

为不影响考生朋友阅读体验以及学习进度，本书替换部分保持与原书页码一致，考生朋友直接替换即可。

（一）《民事诉讼法专题讲座（精讲卷）》戴鹏

替换原书内容：专题九—证据，96 页—110 页

专题十一—证明，111 页—139 页

（二）《民事诉讼法专题讲座（真金题卷）》戴鹏

替换原书内容：专题九—证据，47 页—57 页

专题十一—证明，57 页—71 页

届时本书的公开课对应部分视频也将根据新法增补修订替换更新，敬请关注。

环召楼前

民事诉讼法·精讲卷

专题九－证据

专题十－证明

专题九

证据

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY

一、证据的种类（法定分类）

物证	以物品的物理属性（如颜色、大小、损害状态、存在状态等）来证明案件事实。
书证	以所记载的内容或表达的思想证明案件事实。 1. 公文书证规则：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。 2. 最佳证据规则：书证应当提交原件。提交原件有困难的，可以提交复制品、副本、节录本。法院应当结合证据和案件具体情况，审查判断书证复制品能否作为认定案件事实的依据。 3. 书证在对方当事人控制之下的，承担举证证明责任的当事人可以在举证期限届满前书面申请人民法院责令对方当事人提交。 申请理由成立的，人民法院应当责令对方当事人提交，如果该书证内容涉及国家秘密、商业秘密、当事人或第三人隐私，或者存在法律规定应当保密的情形的，提交后不得公开质证； （1）控制书证的当事人无正当理由拒不提交的，法院可以认定申请人所主张的书证内容为真实。 （2）持有书证的当事人以妨碍对方当事人使用为目的，毁灭有关书证或者实施其他致使书证不能使用行为的，法院可以认定申请人主张以该书证证明的事实为真实，同时可以追究其妨碍诉讼的责任。 [注意] 关于书证的规则，适用于视听资料和电子数据。
视听资料	以录音、录像等技术手段反映的声音、图像证明案件事实的材料，包括录音资料和影像资料。（如照片、录像带、录音带等）
电子数据	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。 [注意] 1. 存储在电子介质中的录音资料和影像资料，适用电子数据的规定。 2. 电子数据的制作人制作的与原件一致的副本，或者直接来源于电子数据的打印件或其他可以显示、识别的输出介质，视为电子数据的原件。

续表

证人证言	证人资格	知晓案件事实且能够正确表达 [注意] 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、限制民事行为能力人可以作为证人。		
	证人出庭	出庭程序	由当事人在举证期限届满前申请或者该证言属于法院依职权调查收集的证据（涉及国家、社会、第三人利益，身份关系，程序性事实）的也可以由法院依职权通知。 未经法院通知，证人不得出庭作证，但双方当事人同意并经法院准许的除外。	
		证人应当出庭	法院应当要求证人出庭作证，接受审判人员和当事人询问；证人在审理案件前的准备阶段或者法院调查、询问等双方当事人在场时陈述证言的，视为出庭作证。 双方当事人同意证人以其他方式作证，并经法院准许的，证人可以不出庭作证。 <u>无正当理由未出庭作证的证人以书面形式提供的证言，不得作为定案根据。</u>	
		可以不出庭的情形	有下列情形之一的，经法院许可，可以通过书面证言、视听传输技术或者视听资料等方式作证： ①因健康原因不能出庭的； ②路途遥远，交通不便不能出庭的； ③因自然灾害等不可抗力不能出庭的； ④有其他正当理由不能出庭。 证人经准许以书面方式作证的，应当签署保证书；以视听传输技术或者视听资料方式作证的，应当签署并宣读保证书。	
		出庭费用补助	范围	因出庭作证而支出的交通、住宿、就餐等必要费用以及误工损失。（小提示：在刑诉中没有误工损失的补助）
	承担		证人出庭所支出的以上费用由败诉方当事人承担，如果是当事人申请该证人出庭的，由申请人先行垫付；当事人没有申请，法院通知证人出庭的，由法院先行垫付。	
证人作证	（1）保证书的签署与宣读 法院应当要求证人签署保证书，并当庭宣读保证书内容。但无、限制民事行为能力人除外；证人确有正当理由不能宣读保证书的，由书记员代为宣读。 证人拒绝签署保证书的，不得作证，并自行承担相关费用。 （2）证人陈述证言：证人应当客观陈述其亲身感受的事实，作证时不得使用猜测、推断或者评论性语言； 证人作证前不得旁听庭审，作证时不得以宣读事先准备的书面材料的方式陈述证言； 证人应当就其作证的事项进行连续陈述；审判人员可以对证人进行询问，当事人及代理人经审判人员许可后可以询问证人；询问证人时其他证人不得在场，法院认为有必要时，可以要求证人之间对质。			

续表

鉴定意见	鉴定的启动	当事人在举证期限内申请, 或者如果符合法院依职权调查收集证据条件的, 可以由法院依职权决定。	
	鉴定的前序准备	(1) 签署承诺书: 鉴定开始之前, 法院应当要求鉴定人签署承诺书。鉴定人故意作虚假鉴定的, 人民法院应当责令其退还鉴定费用, 并根据情节, 依法追究妨碍诉讼的责任; (2) 对鉴定材料的质证: 法院应当组织当事人对鉴定材料进行质证。未经质证的材料, 不得作为鉴定的根据。	
	鉴定意见	(1) 按时完成鉴定: 鉴定人应当在法院确定的期限内完成鉴定, 并提交鉴定书。鉴定人无正当理由未按期提交鉴定书的, 当事人可以申请法院另行委托鉴定人鉴定, 法院准许的, 原鉴定人应当退还已收取的鉴定费用。 (2) 鉴定意见书由鉴定人签名、盖章, 并附鉴定人的相应资格证明; 委托机构进行鉴定的, 鉴定书应当由鉴定机构盖章, 并由从事鉴定的人员签名。 (3) 多名鉴定人对同一问题进行鉴定, 出现不同意见的, 应当如实注明。	
	鉴定人出庭	(1) 情形: 当事人对鉴定意见有异议或者法院认为鉴定人应当出庭的; (2) 程序: 法院收到鉴定书后, 应当及时将副本送交当事人。 当事人对鉴定书的内容有异议的, 应当在法院指定期间内以书面方式提出。对于当事人的异议, 法院应当要求鉴定人作出解释、说明或者补充。法院认为有必要的, 可以要求鉴定人对当事人未提出异议的内容进行解释、说明或者补充。 当事人在收到鉴定人的书面答复后仍有异议的, 法院应当通知有异议的当事人预交鉴定人出庭费用, 并通知鉴定人出庭。有异议的当事人拒绝预交鉴定人出庭费用的, 视为放弃异议。 (3) 费用承担: 鉴定人出庭费用由败诉的当事人负担。因鉴定意见不明确或者有瑕疵需要鉴定人出庭的, 出庭费用由其自行承担。 (4) 后果: 经法院通知, 鉴定人拒不出庭的, 将产生如下后果: ①鉴定意见不得作为认定案件事实的依据; ②支付鉴定费用的当事人要求退还鉴定费用的, 法院应当裁定责令鉴定人退还; ③建议有关主管部门或者组织对拒不出庭作证的鉴定人进行处罚。	
	有专门知识的人出庭	程序	当事人在举证期限内申请, 由法院通知 1~2 名有专门知识的人出庭。
		作用	(1) 对鉴定意见提出意见: 视为质证意见 (2) 对专业问题提出意见: 视为当事人陈述 有专门知识的人不得参与对鉴定意见质证或者就专门问题发表意见之外的法庭审理活动。
		注意	1. 有专门知识的人出庭只能依申请通知, 不能依职权; 2. 有专门知识的人出庭不适用回避制度; 3. 有专门知识的人出庭费用由申请方负担;

续表

二、证据的分类（理论分类）		
能否单独、直接证明待证事实	直接证据	能够单独、直接证明待证事实的证据。
	间接证据	不能直接或单独证明待证事实，需要与其他证据相结合。
是否直接来源于案件事实	原始证据	直接来源于案件事实的证据。
	传来证据	又称为派生证据，指不直接来源于案件事实，而是通过传抄、转述、复制后所获得的证据。
与证明责任承担的关系	本证	提出该证据的当事人对该待证事实承担举证责任。
	反证	提出该证据的当事人对该待证事实不承担举证责任。

考点精讲

一、概念

证据是在民事诉讼中能够证明案件真实情况的各种资料。

二、证据的种类（法定分类）

《民事诉讼法》把证据分为：（1）当事人陈述；（2）书证；（3）物证；（4）视听资料；（5）电子数据；（6）证人证言；（7）鉴定意见；（8）勘验笔录。

（一）当事人陈述

1. 签署保证书：法院认为有必要的，可以要求当事人本人到庭，就案件有关事实接受询问。法院应当在询问前责令当事人签署并宣读保证书；当事人有正当理由不能宣读的，由书记员代为宣读。当事人故意虚假陈述妨碍法院审理案件的，依法追究妨碍诉讼的责任。

当事人无正当理由拒不到庭，拒不签署保证书或者宣读保证书或者拒不接受询问的，法院应当综合案件情况，判断待证事实的真伪，待证事实无其他证据证明的，法院应当作出不利于该当事人的推定。

2. 证明力：当事人陈述不得单独作为定案根据。即当事人的陈述作为一种证据，其证明力较小，不能单独作为定案根据，需要其他证据对其证明力进行补强才能定案。

（二）物证

是以物品本身的外在特征（即存在、形状、颜色、大小、质量、痕迹等物理特征）来证明案件事实。

（三）书证

以所记载的内容或表达的思想证明案件事实；

理解与适用

物证与书证的区别

[例 1] 车祸现场的一块手表，如果用该手表的损坏程度来证明损害状况，则该手表是物证；如果手表撞坏后停止走动了，用其显示的时间来证明案件发生的时间，则该手表是用其记载的内容来证明案件事实，是书证。

【例2】李四出版一本书，张三认为该书侵犯了自己的名誉权，于是起诉李四，在法庭上张三提交了这本书，这本书是用其记载的内容来证明案件事实，是书证。

【例3】张三跟书店老板发生争执，一怒之下砸了书店，书店老板李四起诉张三，向法庭提交损毁的图书以证明损失，该图书是用其存在形态证明案件事实，是物证。

【例4】张三用一本图书的棱角处砸向李四，导致李四受伤，李四起诉张三要求赔偿，提供这本图书作为证据，该图书是用其外在形态证明案件事实，是物证。

（四）视听资料

视听资料指以录音、录像等技术手段反映的声音、图像证明案件事实的材料，包括录音资料和影像资料，如照片、录像带、录音带等。

书证和视听资料的区别，二者都是以记载的内容和思想来证明案件事实，但是视听资料区别于书证的关键在于两点，其一视听资料的形成、储存、读取需要借助录音、录像等技术手段；其二视听资料一般不能用肉眼直接感知，而必须通过特定的播放设备才能感知，如录音带、录像带等。

考点提示

并非录像带和录音带都是视听资料。

【例】张三跟音像店老板发生争议，于是砸了音像店，老板起诉张三，向法庭提交两份证据，一是店内监控录像的录像带，以证明案发情景；二是被损害录音带、录像带，以证明损失。其中，店内监控录像的录像带是用录像带记录的声音、图像证明案件事实，是视听资料；而被损坏的录音带、录像带则是用其损坏状态证明案件事实，是物证。

（五）电子数据

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。

【注意1】存储在电子介质中的录音资料和影像资料，适用电子数据的规定。即电子数据的本质特征是一种“储存在电子介质中的电子信息”。

【注意2】电子数据的制作人制作的与原件一致的副本，或者直接来源于电子数据的打印件或其他可以显示、识别的输出介质，视为电子数据的原件。

技术流

电子数据 VS. 视听资料^①

如传统的相机、摄像机、录音机所拍摄、录制的胶片、录音带、录像带为视听资料，而现代电子技术产生之后，数码相机、数码摄像机、数码录音笔所拍摄、录制的内容往往是储存在储存卡、U盘、移动硬盘等电子介质中，且与传统视听资料只能在物理空间传播不同的是，电子数据可以实现精确复制，可以在虚拟空间中无限快速传播。^②

电子数据相较于视听资料的明显区别有三：第一可以实现精确复制；第二可以在虚拟空间内快速传播；第三极易实现剪辑、修改。

总结与归纳

物证、书证、视听资料、电子数据的区别

1. 物证是用物理属性（颜色、形状、大小、痕迹、损坏状态）等证明案件事实；书证、视听资料、电子数据均是用其内容证明案件事实，只不过记载该内容的形式不同；

^① 参见沈德咏主编：《〈最高人民法院民事诉讼法司法解释〉理解与适用（上）》，人民法院出版社2015年版，第382页。

^② 参见何家弘主编：《电子证据法研究》，法律出版社2002年版，第14~16页。

2. 书证是用传统的刻、画、写、印刷等方式形成于实物（包括纸张、书本、桌面、墙面、器物等）表面，可以直观地读取；

3. 视听资料的形成需要借助录音、录像、拍照等技术手段，储存于胶片、录音带、录像带等特殊介质之中，其内容需要借助特定的播放设备（如录音机、录像机等）播放；

4. 电子数据的形成需要借助数码设备（电子计算机、数码相机、数码录音笔、数码相机等），储存于电子介质（u 盘、硬盘、移动硬盘等）中，其内容需要借助电子计算机进行读取。

真题示例

张某驾车与李某发生碰撞，交警赶到现场后用数码相机拍摄了碰撞情况，后李某提起诉讼，要求张某赔偿损失，并向法院提交了一张光盘，内附交警拍摄的照片。该照片属于下列哪一种证据？（2014 年·卷三·48 题）

- A. 书证 B. 鉴定意见 C. 勘验笔录 D. 电子数据

【分析与思路】 本题考查证据的种类。首先，书证和电子数据均是通过其记载的内容证明案件事实，但是关键区别在于载体不同。书证一般是通过原始的记录方式，如书写、刻画、印刷等，其内容很直观，而电子数据则是现代计算机科学技术发展的产物，其是通过电子信号等方式储存在电子介质之中，其形成、储存和读取均需要借助电子设备。而题目中反复强调数码相机、光盘等信息，可见该照片为储存在电子介质中的影像资料，属于电子数据，并非书证。其次，鉴定意见需要由鉴定人出具，并且要具有“鉴定意见书”的形式。在民事诉讼中勘验笔录是由人民法院的勘验人员制作的，对勘验过程和结果的客观记录，所以勘验笔录这一证据种类对制作的主体（勘验人员）和记载的内容（勘验过程和结果）是有要求的。

综上所述，本题答案为 D。

考点提示

关于书证的几个重要证据规则（关于书证的规则适用于视听资料、电子数据）

（1）公文书证规则（2015 年《民诉解释》114 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。

（2）最佳证据规则（《民事诉讼法》70 条，《民诉解释》111 条）

书证应当提交原件。提交原件有困难的，经过法院准许可以提交复制品、副本、节录本。

对书证而言，由于复制件存在作伪的风险，故原件是最佳证据，当事人原则上应当提交书证原件，只有提交原件确有困难的情形下才可以提交复制品。法院应当结合证据和案件具体情况，审查判断书证复制品能否作为认定案件事实的依据。

（3）文书提出命令（2015 年《民诉解释》112、113 条，2019 年《证据规定》45、46、47、48 条）

书证在对方当事人控制之下的，承担举证证明责任的当事人可以在举证期限届满前书面申请人民法院责令对方当事人提交。

申请理由成立的，人民法院应当责令对方当事人提交，如果该书证内容涉及国家秘密、商业秘密、当事人或第三人隐私，或者存在法律规定应当保密的情形的，提交后不得公开质证。

①控制书证的当事人无正当理由拒不提交的，法院可以认定申请人所主张的书证内容

为真实。

②持有书证的当事人以妨碍对方当事人使用为目的，毁灭有关书证或者实施其他致使书证不能使用行为的，法院可以认定申请人主张以该书证证明的事实为真实，同时可以追究其妨碍诉讼的责任。

真题示例

【例1】哥哥王文诉弟弟王武遗产继承一案，王文向法院提交了一份其父生前关于遗产分配方案的遗嘱复印件，遗嘱中有“本遗嘱的原件由王武负责保管”字样，并有王武的签名。王文在举证责任期间书面申请法院责令王武提交遗嘱原件，法院通知王武提交，但王武无正当理由拒绝提交。在此情况下，依据相关规定，下列哪些行为是合法的？（改编自2016年·卷三·80题）

- A. 王文可只向法院提交遗嘱的复印件
- B. 法院可依法对王武进行拘留
- C. 法院可认定王文所主张的该遗嘱内容为真实
- D. 法院可根据王武的行为而判决支持王文的各项诉讼请求

【分析与思路】 本题考查文书提出命令。首先，关于原件、复印件的问题。书证应当提交原件，物证应当提交原物，但提交原件或者原物有困难的，可以提交复制品、照片、副本、节录本。故本案中遗嘱（书证）原件由王武保存，王文提交原件确有困难，可以提供复印件，A选项表述正确。其次，关于文书提出命令，王文有证据证明王武持有遗嘱原件，王文在举证期限内申请法院责令王武提交，王武无正当理由拒不提交法院可以认定王文所主张的遗嘱内容为真实，故C选项表述正确。当然，王武无正当理由拒不提供遗嘱原件，法院可以认定王文所主张的遗嘱内容为真实，但并不意味着应当支持王文的全部诉讼请求，故D选项表述错误。题目仅提及王武经责令拒不提交遗嘱原件，并未提及王武有毁灭证据等行为，故不能对其处以罚款、拘留等，故B选项表述错误。

综上所述，本题答案为AC。

【题目变更说明】 本题C选项原为“法院可认定王文所主张的该遗嘱能证明的事实为真实”，根据2019年《证据规定》，书证持有人违反文书提出命令，拒不提交书证的，法院可以认定申请人所主张的书证内容为真实；只有在书证持有人毁灭书证的情形下，法院可以认定申请人主张以该书证证明的事实为真实，并追究其妨碍诉讼的责任。故为保证题目的严谨性，将C选项改为“法院可认定王文所主张的遗嘱内容为真实”。

【例2】叶某诉汪某借款纠纷案，叶某向法院提交了一份内容为汪某向叶某借款3万元并收到该3万元的借条复印件，上有“本借条原件由汪某保管，借条复印件与借条原件具有同等效力”字样，并有汪某的署名。法院据此要求汪某提供借条原件，汪某以证明责任在原告为由拒不提供，后又称找不到借条原件。证人刘某作证称，他是汪某向叶某借款的中间人，汪某向叶某借款的事实确实存在；另外，汪某还告诉刘某，他在叶某起诉之后把借条原件烧毁，汪某在法院质证中也予以承认。在此情况下，下列哪些选项是正确的？（2017年·卷三·80题）

- A. 法院可根据叶某提交的借条复印件，结合刘某的证言对案涉借款事实进行审查判断
- B. 叶某提交给法院的借条复印件是案涉借款事实的传来证据
- C. 法院可认定汪某向叶某借款3万元的事实
- D. 法院可对汪某进行罚款、拘留

【分析与思路】 本题考查证据的审查判断以及文书提出命令的有关考点。关于A选项，书证应当提交原件，提交原件确有困难的可以提交复制品、照片、副本、节录本。法

院应当结合其他证据和案件具体情况,审查判断复印件、复制品能否作为认定案件事实的根据。虽然本案借条没有提供原件,但法院可以结合其他证据综合审查判断借款事实,故A选项正确。B选项中借条经过复制后形成复印件当然为传来证据,表述正确。根据文书提出命令的规定,书证在对方当事人控制之下的,承担举证证明责任的当事人可以在举证期限届满前书面申请法院责令对方当事人提交;对方当事人无正当理由拒不提交的,法院可以认定申请人主张的书证内容为真实;持有书证的当事人以妨碍对方使用为目的,毁灭有关书证或者实施其他致使书证不能使用行为的,法院可以认定申请人主张以该书证证明的事实为真实,同时可以追究其妨碍诉讼的责任。首先本案有证据证明汪某持有借条原件这一书证(复印件上有汪某签名确认该事实),经责令,汪某无正当理由拒不提供该借条,同时烧毁该借条,故法院可以直接认定申请人叶某主张以该借条证明的借款事实为真实,同时可以追究汪某妨碍诉讼的责任,对其予以罚款、拘留。故C、D选项正确。

综上所述,本题答案为ABCD。

(六) 证人证言

证人证言是指了解案件情况的人向法院所作的陈述和证词。

1. 证人资格:凡是知道案件情况的个人和单位都有义务出庭作证。不能正确表达意思的人,不能作证。

考点提示

1. 未成年人、精神病人能否做证人的问题。

(1) 证人资格: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、限制民事行为能力人可以作为证人。

(2) 证明力:无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所作的与其年龄、智力状况或者精神健康状况不相称的证言不能单独作为认定案件事实的根据。

2. 证人不适用回避制度。

(1) 证人资格:与案件有利害关系的人可以作为证人。

(2) 证明力:与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人陈述的证言不能单独作为认定案件事实的根据。

真题示例

杨青(15岁)与何翔(14岁)两人经常嬉戏打闹,一次,杨青失手将何翔推倒,致何翔成了植物人。当时在场的还有何翔的弟弟何军(11岁)。法院审理时,何军以证人身份出庭。关于何军作证,下列哪些说法不能成立?(2017年·卷三·79题)

- A. 何军只有11岁,无诉讼行为能力,不具有证人资格,故不可作为证人
- B. 何军是何翔的弟弟,应回避
- C. 何军作为未成年人,其所有证言依法都不具有证明力

D. 何军作为何翔的弟弟,证言具有明显的倾向性,其证言不能单独作为认定案件事实的根据

[分析与思路] 本题综合考查证人资格和证人证言的证明力问题。题目提及证人何军11岁,且是原告何翔的弟弟,可见题目考查无、限制民事行为能力人以及与案件有利害关系的人能否作为证人的问题。

2019年《证据规定》67条,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、限制民事行为能力人可以作为证人。何军11岁,待证的侵权事实与其年龄、智力状况相适应,可以作为证人,故A选项错误。同时,该规定第90条规定,无、限制民事行为能力人所作的与其年龄、智力状况或者精神健康状况不相称的证言不得单独作为定案

根据。可见一方面如果未成年人、精神病人所作的与其年龄、智力相当的证言是依法具有完全的证明力的，另一方面就算未成年人、精神病人所作的与其年龄、智力不相等的证言也是具有证明力的，只是其证明力较小，不能单独作为定案根据，需要其他证据补强其证明力而已。故 C 选项表述错误。

关于与案件有利害关系的人能否作为证人问题。首先因为证人具有不可替代性，所以证人不适用回避制度，B 选项错误。同时根据 2019 年《证据规定》90 条规定，与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人陈述的证言不得单独作为认定案件事实的根据，即证人与当事人或代理人有利害关系，其证言依然具有证明力，但其证明力较小，不能单独定案，需要别的证据补强其证明力方能定案，故 D 选项表述正确。

综上所述，本题答案为 ABC。

2. 证人出庭：

(1) 证人出庭程序：由当事人在举证期限届满前申请或者该证言属于法院依职权调查收集的证据（涉及国家、社会、第三人利益，身份关系，程序性事实）的也可以由法院依职权通知。

未经法院通知，证人不得出庭作证，但双方当事人同意并经法院准许的除外。

(2) 证人应当出庭作证：法院应当要求证人出庭作证，接受审判人员和当事人的询问。

证人在审理案件前的准备阶段或者法院调查、询问等双方当事人在场时陈述证言的，视为出庭作证。

双方当事人同意证人以其他方式作证，并经法院准许的，证人可以不出庭作证。

无正当理由未出庭作证的证人以书面形式提供的证言，不得作为定案根据。

(3) 有下列情形之一的，经法院许可，可以通过书面证言、视听传输技术或者视听资料等方式作证：①因健康原因不能出庭的；②路途遥远，交通不便不能出庭的；③因自然灾害等不可抗力不能出庭的；④有其他正当理由不能出庭。

证人经准许以书面方式作证的，应当签署保证书；以视听传输技术或者视听资料方式作证的，应当签署并宣读保证书。

(4) 证人出庭费用补助：①补助范围：因出庭作证而支出的交通、住宿、就餐等必要费用以及误工损失。（小提示：在刑诉中没有误工损失的补助）②承担：证人出庭所支出的以上费用由败诉方当事人承担，如果是当事人申请该证人出庭的，由申请人先行垫付；当事人没有申请，法院通知证人出庭的，由法院先行垫付。

3. 证人作证

(1) 保证书的签署与宣读

法院应当要求证人签署保证书，并当庭宣读保证书内容。但无、限制民事行为能力人除外；证人确有正当理由不能宣读保证书的，由书记员代为宣读。

证人拒绝签署保证书的，不得作证，并自行承担相关费用。

(2) 证人陈述证言：证人应当客观陈述其亲身感受的事实，作证时不得使用猜测、推断或者评论性语言；证人作证前不得旁听庭审，作证时不得以宣读事先准备的书面材料的方式陈述证言；证人应当就其作证的事项进行连续陈述；审判人员可以对证人进行询问，当事人及代理人经审判人员许可后可以询问证人；询问证人时其他证人不得在场，法院认为有必要时，可以要求证人之间对质。

真题示例

【例 1】张志军与邻居王昌因琐事发生争吵并相互殴打，之后，张志军诉至法院要求

王昌赔偿医药费等损失共计 3000 元。在举证期限届满前，张志军向法院申请事发时在场的方强（26 岁）、路芳（30 岁）、蒋勇（13 岁）出庭作证，法院准其请求。开庭时，法院要求上列证人签署保证书，方强签署了保证书，路芳拒签保证书，蒋勇未签署保证书。法院因此允许方强、蒋勇出庭作证，未允许路芳出庭作证。张志军在开庭时向法院提供了路芳的书面证言，法院对该证言不同意组织质证。关于本案，法院的下列哪些做法是合法的？（2015 年·卷三·79 题）

- A. 批准张志军要求事发时在场人员出庭作证的申请
- B. 允许蒋勇出庭作证
- C. 不允许路芳出庭作证
- D. 对路芳的证言不同意组织质证

【分析与思路】 本题考查证人作证，重点考查 2015 年《民诉解释》和 2019 年《证据规定》规定的证人如实作证保证书。首先，关于申请证人出庭的程序，2015 年《民诉解释》第 117 条规定，应当由当事人在举证期限届满前申请或者该证言属于法院依职权调查收集的证据的也可以由人民法院依职权通知。本案中张志军在举证期限届满前申请证人出庭，符合司法解释规定条件，法院予以准许的做法合法，A 选项正确。关于如实作证保证书，法院应当要求证人签署并当庭宣读如实作证保证书，但无、限制民事行为能力人除外。证人拒绝签署并宣读保证书的，不得作证，并自行承担相关费用。证人方强应当签署保证书，其签署保证书后法院应当允许其出庭作证。蒋勇是限制民事行为能力人，不需要签署保证书，同时，其虽为未成年人，但能够正确表达意思，待证事实与其年龄、智力状况相符，故其具有证人资格，法院允许其出庭作证的做法正确，B 选项正确。路芳应当签署保证书，其拒不签署保证书，不得作证，故法院不允许路芳作证的做法正确，C 选项正确；同时根据 2019 年《证据规定》无正当理由未出庭的证人以书面等方式提供的证言，不得作为认定案件事实的依据，故法院对路芳提供的书面证言不组织质证的做法正确，D 选项表述正确。综上，本题答案为 ABCD。

【总结与归纳】 如实作证保证书问题：（1）完全民事行为能力人，应当签署并宣读保证书，拒绝签署保证书的，不能作证。（2）无、限制民事行为能力人，不需要签署保证书，只要能够正确表达意思，不签署保证书也能作证。

【例 2】 根据证据理论和《民事诉讼法》以及相关司法解释，关于证人证言，下列哪些选项是正确的？（改编自 2011 年·卷三·83 题）

- A. 限制行为能力的未成年人可以附条件地作为证人
- B. 证人因出庭作证而支出的合理费用，由提供证人的一方当事人承担
- C. 证人在法院组织双方当事人交换证据时出席陈述证言的，可视为出庭作证
- D. “无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所作的与其年龄、智力状况或者精神健康状况不相符的证言不能单独作为定案根据”，是关于证人证言证明力的规定

【分析与思路】 凡是了解案件情况的人可以作为证人，不能正确表达意思的人不能作为证人，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、限制民事行为能力人可以作为证人。所以无、限制民事行为能力人能否作为证人不能一概而论，待证事实与其年龄、智力、精神状况相适应就可以作为证人，所 A 选项正确。证人出庭作证费用应该由败诉方当事人承担，B 选项表述错误；根据 2019 年《证据规定》，证人在审理案件前的准备阶段或者法院调查、询问等双方当事人在场时陈述证言的，视为出庭作证。故在证据交换中出席陈述证言的，可以视为出庭作证，C 选项表述正确；“无、限制民事行为能力人所作的与其年龄、智力状况或者精神健康状况不相符的证言不能单独作为定案根据”是因为该证言证明力小，故不能单独定案，需要其他证据对其证明力予以补强，故该规定是

关于证人证言证明力的规定，D选项表述正确。

综上所述，本题答案为ACD。

[题目变更说明] D选项原为“‘未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言不能单独作为认定案件事实的依据’，是关于证人证言证明力的规定”，“未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言不能单独作为认定案件事实的依据”是2002年《证据规定》的表述，在2019年《证据规定》中将该表述改为“无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所作的与其年龄、智力状况或者精神健康状况不相当的证言不能单独作为定案根据”，为了准确起见，将原题目的D选项的表述予以调整。

（七）鉴定意见

1. 鉴定的启动：当事人在举证期限内申请，或者如果符合法院依职权调查收集证据条件的（涉及国家、社会、第三人利益，身份关系，程序性事实），可以由法院依职权决定。

2. 鉴定的前序准备：（1）签署承诺书：鉴定开始之前，法院应当要求鉴定人签署承诺书。鉴定人故意作虚假鉴定的，人民法院应当责令其退还鉴定费用，并根据情节，依法追究其妨碍诉讼的责任；（2）对鉴定材料的质证：法院应当组织当事人对鉴定材料进行质证。未经质证的材料，不得作为鉴定的根据。

3. 鉴定意见：（1）按时完成鉴定：鉴定人应当在法院确定的期限内完成鉴定，并提交鉴定书。鉴定人无正当理由未按期提交鉴定书的，当事人可以申请法院另行委托鉴定人鉴定，法院准许的，原鉴定人应当退还已收取的鉴定费用。（2）鉴定意见书由鉴定人签名、盖章，并附鉴定人的相应资格证明；委托机构进行鉴定的，鉴定书应当由鉴定机构盖章，并由从事鉴定的人员签名。（3）多名鉴定人对同一问题进行鉴定，出现不同意见的，应当如实注明。

考点提示

1. 鉴定中出现不同意见要分别注明，不能实行少数服从多数；
2. 鉴定人需要秉持中立、客观的态度，且具有可替代性（与证人相区别），故适用回避制度。

总结与归纳

民诉与仲裁制度中的签名、署名问题以及不同意见的处理

1. 判决书：由合议庭成员署名，并加盖人民法院印章；
2. 合议庭评议笔录：由合议庭成员签名，不同意见应当如实记入笔录；
3. 鉴定意见书：鉴定人签名、盖章，不同意见应当如实注明；
4. 仲裁裁决书：由仲裁员签名，对仲裁裁决持不同意见的仲裁员可以拒绝签名。

原理：署名者无需对署名文件承担责任，故其不同意见无需表达；签名者要对签名文件承担责任，故有不同意见必须表达出来，如在该文件中如实注明、拒绝签名等方式表达不同意见。

4. 鉴定人出庭：（1）情形：当事人对鉴定意见有异议或者法院认为鉴定人应当出庭的；（2）程序：法院收到鉴定书后，应当及时将副本送交当事人。

当事人对鉴定书的内容有异议的，应当在法院指定期间内以书面方式提出。

对于当事人的异议，法院应当要求鉴定人作出解释、说明或者补充。法院认为有必要的，可以要求鉴定人对当事人未提出异议的内容进行解释、说明或者补充。

当事人在收到鉴定人的书面答复后仍有异议的，法院应当通知有异议的当事人预交鉴

定人出庭费用，并通知鉴定人出庭。有异议的当事人拒绝预交鉴定人出庭费用的，视为放弃异议。

总结与归纳

鉴定人出庭程序

鉴定意见送当事人——当事人提出书面异议——鉴定人解释、说明、补充——当事人仍有异议——通知当事人交钱，通知鉴定人出庭。

(3) 费用承担：鉴定人出庭费用由败诉的当事人负担。但因鉴定意见不明确或者有瑕疵需要鉴定人出庭的，出庭费用由其自行承担。

(4) 后果：经法院通知，鉴定人拒不出庭的，将产生如下后果：①鉴定意见不得作为认定案件事实的依据；②支付鉴定费用的当事人有权要求退还鉴定费用；③建议有关主管部门或者组织对拒不出庭作证的鉴定人进行处罚。

5. 鉴定人撤销鉴定意见

(1) 鉴定人无正当理由撤销鉴定意见：鉴定意见被采信后，鉴定人无正当理由撤销鉴定意见的，人民法院应当责令其退还鉴定费用，并可以根据情节对鉴定人处以罚款、拘留等。当事人主张鉴定人负担由此增加的合理费用的，法院应予支持。

(2) 经法院准许后撤销鉴定意见：法院采信鉴定意见后准许鉴定人撤销的，应当责令其退还鉴定费用。

总结与归纳

需要退还鉴定费的情形

(1) 故意做虚假鉴定的，责令退还费用，并依法罚款、拘留；

(2) 无正当理由未按期提交鉴定书的，当事人可以申请法院另行委托鉴定人鉴定，法院同意的，原鉴定人应当退还已经收取的鉴定费；

(3) 鉴定机构或者鉴定人不具有相应资格、鉴定程序严重违法、鉴定意见明显依据不足的，当事人可以申请重新鉴定，原鉴定人收取的鉴定费用应当退还；

(4) 经法院通知，鉴定人拒不出庭的，鉴定意见不得作为定案根据，当事人有权要求退还鉴定费用，法院应当建议主管部门对拒不出庭的鉴定人进行处罚；

(5) 鉴定意见被采信后，鉴定人撤销鉴定意见的：①无正当理由撤销鉴定意见的：退还鉴定费用，依法追究妨碍诉讼的责任，承担当事人由此增加的合理费用；②法院准许鉴定人撤销鉴定意见的：退还鉴定费用。

6. 有专门知识的人出庭

这一项内容为2012年《民事诉讼法》所增加，为了使一些虽然没有鉴定资格，但是对某一方面专业领域有专门的知识的人（称之为“有专门知识的人”或者“专家辅助人”）进入诉讼，帮助认定事实。

(1) 程序：当事人在举证期限内申请，由法院通知1~2名有专门知识的人出庭。

(2) 作用：①对鉴定意见提出意见；②对专业问题提出意见。

理解与适用

有专门知识的人出庭的作用实则是帮助当事人对鉴定意见进行质证，或者对案件事实所涉及的专业问题提出意见。故其在法庭上就鉴定意见发表的意见视为质证意见，对专业问题提出的意见，视为当事人陈述。

(3) 法院可以对出庭的具有专门知识的人进行询问。经法庭准许，当事人可以对出庭

的具有专门知识的人进行询问，当事人各自申请的具有专门知识的人可以就案件中的有关问题进行对质。

有专门知识的人不得参与对鉴定意见质证或者就专门问题发表意见之外的法庭审理活动。

考点提示

1. 有专门知识的人与鉴定人的区别在于鉴定人具有本案鉴定资格，而有专门知识的人虽然对某些专业问题有较为深入的研究和了解，但不具有本案鉴定人的资格。

2. 有专门知识的人出庭的作用是帮助当事人对鉴定意见这一具有专业性的证据进行质证或者帮助当事人对专业问题进行陈述，故其出庭是帮助申请方当事人行使质证权和陈述权，据此总结三个重要考点：

(1) 有专门知识的人出庭需要由当事人申请，法院不能依职权追加；

(2) 有专门知识的人出庭的费用应当由申请方当事人承担，而不是败诉方当事人承担，这点要和证人区别；

(3) 有专门知识的人不适用回避制度，这点要和鉴定人区别。

真题示例

【例1】甲公司诉乙公司专利侵权，乙公司是否侵权成为焦点。经法院委托，丙鉴定中心出具了鉴定意见书，认定侵权。乙公司收到鉴定意见书后提出异议，法院要求鉴定人书面补充、说明后，乙公司仍有异议，并申请某大学燕教授出庭说明专业意见。关于鉴定的说法，下列哪一选项是正确的？（改编自2013年·卷三·50题）

- A. 丙鉴定中心在鉴定过程中可以询问当事人
- B. 丙鉴定中心应当派员出庭，但有正当理由不能出庭的除外
- C. 如果燕教授出庭，其诉讼地位是鉴定人
- D. 燕教授出庭费用由乙公司垫付，最终由败诉方承担

【分析与思路】 本题考鉴定。鉴定人有权了解进行鉴定所需要的案件材料，在鉴定过程中可以询问当事人、证人，所以A选项正确。关于鉴定人出庭，当事人对鉴定意见有异议或者法院认为鉴定人应当出庭的，鉴定人应当出庭。同时2019年《证据规定》细化了鉴定人出庭的程序，当事人对鉴定意见有异议的，法院应当要求鉴定人予以解释、说明、补充，法院认为有必要的，可以要求鉴定人对当事人未提出异议的内容进行解释、说明、补充。当事人对鉴定人的书面答复仍有异议的，法院应当通知鉴定人出庭。故本案中鉴定人应当出庭，经法院通知，鉴定人拒绝出庭的，鉴定意见不得作为认定案件事实的依据，支付鉴定费用的当事人有权要求返还鉴定费用，法院应当建议主管部门对拒不出庭的鉴定人进行处罚。据此，本案中当事人对鉴定意见有异议，鉴定人应当出庭，拒不出庭的，此处并不需要考虑有无正当理由，B选项错误。C选项，燕教授并不具有鉴定人的身份，其基于具有专门知识的人的身份出庭，不是鉴定人。D选项中燕教授作为一方当事人所请的专业人士，其出庭费用应当由聘请一方当事人支付，此处命题老师是在用证人出庭作证费用的负担问题混淆大家。综上所述，本题答案为A。

【题目变更说明】 本题题干原为：“甲公司诉乙公司专利侵权，乙公司是否侵权成为焦点。经法院委托，丙鉴定中心出具了鉴定意见书，认定侵权。乙公司提出异议，并申请某大学燕教授出庭说明专业意见。”2019年《证据规定》完善了鉴定人出庭的程序，当事人对鉴定意见提出书面异议，法院应当要求鉴定人解释、说明、补充。当事人对鉴定人的书面答复仍有异议的，法院应当通知有异议的当事人预缴费用，并通知鉴定人出庭。即在鉴定人出庭问题上前置了一个书面答复程序，只有当事人对鉴定人的书面答复仍有异议

的，才通知鉴定人出庭。故为了严谨起见，将题目中当事人的异议做了细化。

【例2】在一起侵权诉讼中，原告申请由其弟袁某（某大学计算机系教授）作为专家辅助人出庭对专业技术问题予以说明。下列哪一表述是正确的？（2014年·卷三·38题）

- A. 被告以袁某是原告的近亲属为由申请其回避，法院应批准
- B. 袁某在庭上的陈述是一种法定证据
- C. 被告可对袁某进行询问
- D. 袁某出庭的费用，由败诉方当事人承担

【分析与思路】 本题考查2012年《民事诉讼法》所增知识点专家辅助人（即有专门知识的人）出庭。《民事诉讼法》第79条规定：“当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见。”

B选项中涉及有专门知识的人的陈述的性质问题，根据2015年《民诉解释》第122条规定，具有专门知识的人在法庭上就专业问题提出的意见，视为当事人的陈述。将有专门知识的人在法庭上就专业问题提出的意见拟制为当事人的陈述，而当事人的陈述属于法定证据种类，故有专门知识的人的陈述也应当作为一种法定证据种类，故在2015年《民诉解释》的背景之下，有专门知识的人的陈述视为当事人陈述，是一种法定证据种类，故B选项正确。

关于A、D选项，有专门知识的人出庭的作用是帮助一方当事人对鉴定意见进行质证或者对专业问题发表意见，不需要秉持中立、客观立场，所以其不适用回避制度，且其出庭费用应当由申请方当事人承担，而不是败诉方当事人承担，所以A、D选项错误。

综上所述，本题答案为BC。

【命题思路与常见错误分析】 A和D选项中，既然有专门知识的人出庭的作用是帮助当事人对鉴定意见进行质证或者对专业问题发表意见，所以其作用是帮助一方当事人，所以其费用应当由申请方当事人承担，D选项是用证人出庭的费用作为干扰，同时既然是帮助一方当事人，无需保持中立立场，故不适用回避制度，A选项是用鉴定人的规定进行干扰。

【答案更正说明】 本题原答案选择C，但在2015年《民诉解释》中规定“具有专门知识的人在法庭上就专业问题提出的意见，视为当事人的陈述”，此处属于法律拟制，将有专门知识的人就专业问题的陈述拟制为当事人陈述，故其应当作为一种法定证据种类。故根据2015年《民诉解释》，B选项应当认定为正确。同时在2015年1月生效的《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第15条第2款也明确“前款规定的专家意见经质证，可以作为认定事实的根据”，也确定了专家意见经质证后具有证据资格。

（八）勘验笔录

人民法院认为有必要的，可以根据当事人的申请或者依职权对物证或者现场进行勘验。人民法院可以要求鉴定人参与勘验。必要时，可以要求鉴定人在勘验中进行鉴定。

三、证据的理论分类

从理论上，根据证据的来源把证据分为原始证据和传来证据；根据证据与案件事实的关系分为直接证据和间接证据；根据证据与证明责任之间的关系把证据分为本证与反证。

1. 原始证据与传来证据：该分类的依据是证据的来源，原始证据是指直接来源于案件事实而未经复制、转述等中间传播环节的证据，比如说原件、原物、证人证言；传来证据是指并非直接来源于案件事实，而是经过复制、转述等传播环节的证据，比如说复印

件、复制品、证人转述他人所见所闻等。

2. 直接证据与间接证据：该分类的依据是证据与待证事实的关系，直接证据是指能够单独、直接证明待证事实的证据；而间接证据是指不能单独直接证明待证事实，需要与其他证据相结合才能证明待证事实的证据。

技术流

直接证据 VS. 间接证据

直接证据与间接证据的区别在于证据的内容，区别点在于内容的完整性。

直接证据在内容上能够完整地证明待证事实，而间接证据在内容上只能证明待证事实的一个部分、一个片段，需要别的证据在内容上对其进行补充，才能完整证明待证事实。

提示：直接证据与间接证据的区分只与证据内容的完整性有关，与证据的来源、证明力大小等无关。

请分析如下两例：

【例1】周某与某书店因十几本工具书损毁发生纠纷，书店向法院起诉，并向法院提交了被损毁图书以证明遭受的损失。关于本案被损毁图书，属于下列哪些类型的证据？（2010年·卷三·83题）

- A. 直接证据 B. 间接证据 C. 书证 D. 物证

【分析与思路】题目已经明确了“以证明遭受的损失”则判断待证事实为遭受的损失，而被损毁的图书当然能够完整证明该事实，为直接证据。虽然是图书，但其以受损坏的状态这一物理特征来证明案件事实，其为物证，并非书证。

综上所述，本题答案为AD。

【例2】民事诉讼中下列哪种证据属于间接证据？（2006年·卷三·47题）

- A. 无法与原件、原物核对的复印件、复制品
B. 无正当理由未出庭作证的证人证言
C. 证明夫妻感情破裂的证据
D. 与一方当事人或者代理人有利害关系的证人出具的证言

【分析与思路】直接证据和间接证据只是看证据在内容上能否单独直接证明待证事实，即该证据在内容上能否完整证明待证事实，只有C选项是对内容的描述，而其他三项均不涉及证据的内容，只是从来源、证明力大小等方面进行描述，与直接证据和间接证据的分类无关。A选项中无法与原件原物核对的复印件、复制品只是说证明力的缺失，不能作为认定案件事实的依据，而直接证据与间接证据的区分与证明力大小无关，如果无法与原件核对的复制件在内容上能够完整证明待证事实则为直接证据，比如一张无法与原件核对的借条复印件，其在内容上能够完整证明借款关系这一待证事实，依然是直接证据。B选项依然如此，无正当理由未出庭的证人证言只是证明力的缺失，不能单独作为认定案件事实的依据，但是如果该证言能够完整说明待证事实，依然可以成为直接证据。D选项，与一方当事人或代理人有利害关系的证人出具的证言证明力小于其他证人证言，同样也只是说明其证明力小，但是如果能够完整说明待证事实，依然可以成为直接证据。C选项中，我们认为夫妻感情一般来说只能通过各种各样的生活细节予以证明，几乎无法找到一项证据能够完整地证明夫妻感情破裂，只有将若干这样的证据相结合，才能证明夫妻感情破裂这一待证事实，故其中每一个证据均只能证明夫妻感情破裂这一待证事实的一个部分、片段，无法完整证明整个待证事实，所以为间接证据。综上所述，本题答案为C。

3. 本证与反证。（该分类的标准在于证据与举证责任的关系，考生可以在学习完举证责任一节的内容后再回头学习本证与反证）

负有证明责任的一方当事人提出的用于证明自己所主张事实的证据是本证。
不承担证明责任的一方当事人提出的用于反驳对方主张的证据是反证。

技术流

本、反证的判断公式

本证与反证的区别在于证据与举证责任的关系，切不可草率地认为原告提出的就是本证，被告提出的就是反证。笔者总结判断本证、反证的思路如下，希望考生严格按照该思路进行判断：

1. 该证据的待证事实是什么？
2. 对该事实应当由谁承担证明责任？
3. 该证据是谁提出来的？
 - (1) 如果是承担证明责任的人提出来的就是本证；
 - (2) 如果是不承担证明责任的人提出来的即是反证。

请考生分析以下四例：

[例 1] 张三起诉李四归还借款 5 万，为证明借款事实的存在，张三提出了李四亲笔签名的借条的复印件一张，问该证据在理论上如何分类？

[分析] 从来源上来看，该证据经过了复印，是传来证据而不是原始证据；从与待证事实的关系来看，该证据能单独直接证明借款这一待证事实，属于直接证据；从与证明责任的关系来看，借条的待证事实是借款事实是否存在，而对于该事实，应当由主张借款关系存在一方，即张三证明，现在该证据是张三提出，所以该借条为本证。

[例 2] 在诉讼中，李四主张该借款已经归还，提出张三亲笔签名的收据一张，问该收据是本证还是反证？

[分析] 该收据的待证事实是是否已经还款，对于是否已经还款应当由承担还款义务的人，即李四证明，而该收据是李四提出来的，是承担举证责任的人提出来的证据，是本证。

[例 3] 张三起诉李四于 2017 年 1 月 10 日在广州市白云区开车撞伤自己，要求李四赔偿医疗费等费用，李四辩称当日自己在北京某考试培训班参加学习，张三主张的事实不属实，向法庭提供当日在该考试培训学校的考勤签到表，请问该签到表是本证还是反证？

[分析] 李四提出的签到表是希望证明自己当日在北京，而没有在广州开车撞倒张三，所以该签到表的待证事实是不存在侵权行为，是否存在侵权行为应当由主张侵权事实成立的原告张三承担证明责任，而该证据则是由不承担证明责任的李四提供，故为反证。

[例 4] 张三开车行驶，突遇李某横穿马路，紧急刹车，发现李某倒在车前，李某起诉张三主张是张三撞倒自己，要求张三赔偿。张三否认该事实，向法庭提交车载行车记录仪所记录的影像资料作为证据，该影像资料显示，李某倒地的地方离张三的车相距 1 米以上。张三提供的影像资料是本证还是反证？

[分析] 该影像资料的待证事实是张三是否撞倒李某，对于该事实，应当由主张侵权事实存在的李某承担证明责任，现该证据由不承担证明责任的张三提供，不承担证明责任的一方提供的证据为反证。

真题示例

[例 1] 王某诉钱某返还借款案审理中，王某向法院提交了一份有钱某签名、内容为钱某向王某借款 5 万元的借条，证明借款的事实；钱某向法院提交了一份有王某签名、内容为王某收到钱某返还借款 5 万元并说明借条因王某过失已丢失的收条。经法院质证，双方当事人确定借条和收条所说的 5 万元是相对应的款项。关于本案，下列哪一选项是错误

的? (2017 年·卷三·39 题)

- A. 王某承担钱某向其借款事实的证明责任
- B. 钱某自认了向王某借款的事实
- C. 钱某提交的收条是案涉借款事实的反证
- D. 钱某提交的收条是案涉还款事实的本证

【分析与思路】 本题考查本证、反证的区分以及自认。首先,王某起诉钱某归还借款,钱某主张借款已经归还,王某向法院提供借条的待证事实为借款事实的存在,对于借款事实是否存在应当由主张借款事实存在的王某承担证明责任,故王某提供的借条为本证,故 A 选项关于借款事实的证明责任分配表述正确。钱某向法院提供的收条待证事实为借款已经归还,对于借款是否归还应当由主张借款已经归还的钱某承担证明责任,故钱某提供的收条为本证,故 C 选项错误, D 选项正确。关于钱某向王某借款的事实属于对钱某不利的事实,在法院组织的质证过程中,双方当事人确定借条和收条所说的 5 万元是相对应的款项,故钱某对于该借款事实的存在构成了自认,表述 B 正确。综上所述,本题答案为 C。

当然从解题技巧的角度而言,本题为单选,而 C、D 选项明显是属于相互排斥的选项,故 C、D 选项中一定有一个选项是错误的,所以考生可以在直接判断出收条为本证后选 C。

【例 2】 关于证据理论分类的表述,下列哪一选项是正确的? (2009 年·卷三·40 题)

- A. 传来证据有可能是直接证据
- B. 诉讼中原告提出的证据都是本证,被告提出的证据都是反证
- C. 证人转述他人所见的案件事实都属于间接证据
- D. 一个客观与合法的间接证据可以单独作为认定案件事实的依据

【分析与思路】 传来证据和原始证据是从证据的来源上看的,而直接证据和间接证据是从内容上看的,分类标准不同,当然可能出现交叉。举例,一张借条的复印件,由于是复印件,当然是传来证据,但不论是复印件还是原件,从其内容上来说都能完整证明待证事实(借款),是直接证据。B 选项中关于本证和反证的区分要看与举证责任的关系,切不可草率地认为原告提出的是本证,被告提出的是反证,因为诉讼中存在某些事实是应当由被告承担证明责任的(如侵权纠纷中的免责事由应当由被告承担证明责任),此时被告提出的证据是本证,原告提出的证据恰恰是反证。C 选项类似于 A 选项的分析,该证言经过转述,是传来证据,但是看它是直接证据还是间接证据应当从证言的内容能否完整证明待证事实,而与是否经过转述(来源)无关。D 选项间接证据就算客观、合法,但是其从内容上也只能证明部分待证事实,需要其他证据在内容上予以补充,故不可能单独作为认定案件事实的依据。综上所述,本题答案为 A。

第一节 证明对象

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY

免证事实	1. 自然规律和定理、定律。 2. 众所周知的事实：一定范围内为人们所共同知晓的事实。 3. 根据法律规定推定的事实。 4. 根据已知事实和日常生活经验法则推定出的另一事实。 5. 已为仲裁机构生效裁决所确认的事实 6. 已为人民法院生效裁判所确认的事实。 7. 已为有效公证文书所证明的事实。 以上除了自然规律和定理、定律之外，2、3、4、5项可以用相反证据反驳，6、7项可以用相反证据推翻。		
自认	概念	在诉讼过程中（包括证据交换、询问、调查过程中，或者在起诉状、答辩状、代理词等书面材料中），一方当事人陈述的于己不利的事实，或者对于己不利的事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证证明，法庭应当直接将其作为认定案件事实的依据。	
	对象	对于应当由法院依职权调查的事实（涉及国家、社会、第三人利益，身份关系，程序性事实），不适用自认制度。 自认的事实与查明的事实不符的，法院不予确认。	
	效果	对于自认事实，免去对方当事人举证责任，法庭直接作为裁判依据。	
	自认的方式	明示	当事人明确表示承认；
		默示	对一方当事人陈述的事实，另一方当事人既未表示承认也未否认，经审判人员充分说明并询问后，其仍不明确表示肯定或者否定，视为对该事实承认；

续表

自认	自认的方式	委托代理人 代为承认	当事人委托诉讼代理人参加诉讼的，除授权委托书中明确排除的事项外，诉讼代理人的自认视为当事人的自认。 当事人在场对诉讼代理人的自认明确否认的，不视为自认。
	共同诉讼 中的自认	普通共同 诉讼	普通共同诉讼中，共同诉讼人中一人或者数人作出的自认，对作出自认的当事人发生法律效力。（即对其他当事人不发生法律效力）
		必要共同 诉讼	必要共同诉讼中，共同诉讼人中一人或者数人作出自认而其他共同诉讼人予以否认的，不发生自认的效力。其他共同诉讼人既不承认也不否认，经审判人员说明并询问后仍然不明确表示意见的，视为全体共同诉讼人的自认。
	自认的撤销	有下列情形之一，当事人在法庭辩论终结前撤销自认的，法院应当准许： （一）经对方当事人同意的； （二）自认是在受胁迫或者重大误解情况下作出的。 人民法院准许当事人撤销自认的，应当作出口头或者书面裁定。	
	注意	在诉讼中，当事人为达成调解协议或者和解目的所作出的妥协所涉及对案件事实的认可，不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据，但法律另有规定或者当事人均认可的除外。	

考点精讲

证明对象主要解决哪些事实需要用证据证明。法律职业资格考试中主要考查免证事实，尤其是自认的事实。

一、免证事实（2019年《证据规定》第10条）

1. 自然规律和定理、定律；
2. 众所周知的事实：一定范围内为人们所共同知晓的事实；
3. 根据法律规定推定的事实；
4. 根据已知的事实和日常生活经验法则所推定的另一事实；

考点提示

经验法则是否需要证明？

1. 日常生活领域经验法则众所周知，不需要证明，属于免证事实。
2. 专业领域内经验法则只有专业领域内人士知晓，不为外人所知，需要证据证明。

[例] 判断“经验法则可验证的事实都不需要当事人证明”？

[分析] 错误。日常生活领域经验法则不需要证明，专业领域经验法则需要证据证明。

5. 已为仲裁机构生效裁决所确认的事实；
6. 已为人民法院生效裁判所确认的事实；
7. 已为有效公证文书所证明的事实。

考点提示

以上免证事实中，除了“自然规律和定理、定律”之外的其他免证事实都允许当事人

以相反的证据反驳或者推翻。其中2、3、4、5项免证事实可以用相反证据反驳；其中6、7项免证事实可以用相反证据推翻。

但反驳和推翻二者是有明显区别的：

对于推定的事实（基于法律或者日常生活经验法则推定）、众所周知的事实、已为仲裁机构生效裁决所确认的事实，对方当事人提供相反的证据，只要能够动摇法官对该免证事实的心证基础的，就能阻止该免证事实的成立。

而对于法院生效判决有效公证书所证明的事实，当事人要想否定其确认的事实需要提供相反证据加以推翻，即需要让法官相信相反事实成立的程度，才能阻止该免证事实的成立。^①

真题示例

刘月购买甲公司的化肥，使用后农作物生长异常。刘月向法院起诉，要求甲公司退款并赔偿损失。诉讼中甲公司否认刘月的损失是因其出售的化肥质量问题造成的，刘月向法院提供了本村吴某起诉甲公司损害赔偿案件的判决书，以证明甲公司出售的化肥有质量问题且与其所受损害有因果关系。关于本案刘月所受损害与使用甲公司化肥因果关系的证明责任分配，下列哪一选项是正确的？（2016年·卷三·40题）

- A. 应由刘月负担有因果关系的证明责任
- B. 应由甲公司负担无因果关系的证明责任
- C. 应由法院依职权裁量分配证明责任
- D. 应由双方当事人协商分担证明责任

【分析与思路】 本题考点在于免证事实。人民法院的生效裁判认定的事实属于免证事实，但可以通过相反证据推翻。生效判决（吴某诉甲公司一案的判决）确定了化肥质量问题以及与农作物生长异常的因果关系，该事实成为免证事实，无需证据证明。但甲公司可以用相反证据推翻该事实。故甲公司应当提供证据证明化肥质量问题与农作物生长异常不存在因果关系。所以本题选择B选项。

【命题思路与常见错误分析】 本题干扰性极强，在整个2016年司法考试试题中考生提出的异议最多。绝大多数考生（包括笔者自己）简单地把题目理解为产品侵权，应当由原告证明行为、结果、因果关系，被告证明免责事由，直接选择了A。而实际上本题与证明责任无关。题目表述“刘月向法院提供了本村吴某起诉甲公司损害赔偿案件的判决书，以证明甲公司出售的化肥有质量问题且与其所受损害有因果关系”表明已由生效法律文书确认了因果关系，则存在因果关系属于免证事实，无需证据证明，故本题与证明责任无关。而生效判决认定的事实可以用相反证据予以推翻，故甲公司可以通过相反证据推翻生效判决认定的事实，故应当由甲公司对农作物生长异常与化肥质量问题不存在因果关系予以证明。当然也有考生直接将案件视为环境污染，适用因果关系证明责任倒置的规定选择了B，确属歪打正着。

二、自认制度

1. 概念：在诉讼过程中（包括证据交换、询问、调查过程中，或者在起诉状、答辩状、代理词等书面材料中），一方当事人陈述的于己不利的事实，或者对于己不利的事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证证明。

一方当事人对于另一方当事人主张的于己不利的事实有所限制或者附加条件予以承认

^① 参见杜万华主编：《最高人民法院民事诉讼法司法解释实务指南》，中国法制出版社2015年版，第147页。

的，由法院综合案件情况决定是否构成自认。

2. 自认的范围：对于应当由法院依职权调查的事实（涉及国家、社会、第三人利益，身份关系，程序性事实），不适用自认的规定。

【注意】自认的事实与查明的事实不符的，法院不予确认。

考点提示

【例】判断“与身份有关的案件不适用自认制度”。

【分析】错误。仅仅是与身份有关的事实不适用自认制度。与身份有关的案件中与身份有关的事实不适用自认制度，但与身份无关的事实是可以自认的。

如离婚诉讼是与身份有关的案件，其中对于婚姻关系是否存在属于与身份有关的事实，不适用自认制度。但对于是否隐匿财产等事实属于与身份无关的事实，可以自认。

3. 自认的效果：免除对方当事人的举证责任，法院应当以该自认的事实作为裁判的依据。

考点提示

1. 自认仅仅是导致对方当事人免除证明责任，且该事实得到法院认定，并不一定导致自认人败诉。

【例】张三起诉李四还款，对于借款事实，李四当庭表示自认，对于借款事实，张三免除举证责任，法院也应当作为认定案件事实的依据，但是如果李四主张并提出证据证明该借款已经归还，或者被告李四主张时效抗辩，那么李四并不会败诉。

此处注意自认与认诺的区别，自认是对事实的承认，并不一定会导致败诉；而认诺是对对方主张或请求的承认，将会导致对方诉讼请求成立，即会导致认诺人败诉。

2. 自认针对的是当事人主张的事实，强调法院裁判受到当事人承认的事实的约束，其理论基础为（约束性）辩论原则；

认诺针对的是当事人的诉讼请求，强调法院裁判受到当事人承认的诉讼请求的约束，其理论基础为处分原则。

总结与归纳

自认 VS. 认诺

	自认	认诺
对象	对方主张的事实	对方的诉讼请求
效果	导致对方主张事实成立	导致对方诉讼请求成立，即认诺人败诉
理论基础	针对事实，体现（约束性）辩论原则	针对诉讼请求，体现处分原则

4. 自认的方式：

（1）明示：当事人明确表示承认；

（2）默示：对一方当事人陈述的事实，另一方当事人既未表示承认也未否认，经审判人员充分说明并询问后，其仍不明确表示肯定或者否定，视为对该事实承认；

（3）委托代理人的承认：当事人委托诉讼代理人参加诉讼的，除授权委托书明确排除的事项外，诉讼代理人的自认视为当事人的自认。

当事人在场对诉讼代理人的自认明确否认的，不视为自认。

5. 共同诉讼中部分当事人自认的效果

（1）普通共同诉讼中，共同诉讼人中一人或者数人作出的自认，对作出自认的当事人

发生法律效力。

(2) 必要共同诉讼中, 共同诉讼人中一人或者数人作出自认而其他共同诉讼人予以否认的, 不发生自认的效力。其他共同诉讼人既不承认也不否认, 经审判人员说明并询问后仍然不明确表示意见的, 视为全体共同诉讼人的自认。

理解与适用

1. 普通共同诉讼中, 部分当事人自认的, 对作出自认的当事人发生法律效力, 即对其他当事人不发生效力。

2. 必要共同诉讼中, 部分当事人自认, 原则上对其他当事人发生法律效力, 但其他当事人明确表示否定的除外。

此时大家可以结合共同诉讼中共同诉讼人之间的关系理解此处规定: 必要共同诉讼人一人行为经其他共同诉讼人同意, 对其他共同诉讼人发生法律效力; 普通共同诉讼人之间相互独立, 一人行为对其他共同诉讼人不发生法律效力。

而自认作为一种诉讼行为, 自然适用以上规定, 即普通共同诉讼人相互独立, 一人自认对其他当事人不发生法律效力; 而必要共同诉讼人一人自认经其他共同诉讼人同意 (不反对即视为同意), 对其他共同诉讼人发生法律效力。

6. 自认的撤销

有下列情形之一的, 当事人在法庭辩论终结前撤销自认的, 人民法院应当准许:

- (一) 经对方当事人同意的;
- (二) 自认是在受胁迫或者重大误解情况下作出的。

人民法院准许当事人撤销自认的, 应当作出口头或者书面裁定。

7. 注意: 在诉讼中, 当事人为达成调解协议或者和解目的所作出的妥协所涉及对案件事实的认可, 不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据, 但法律另有规定或者当事人均认可的除外。(2015年《民诉解释》第107条)

技术流

这句话在考试中经常考查, 标准常见的表述为“……法院依法组织调解, 被告承认××××××, 但是因为无法达成调解协议”。

其中被告承认的××××××部分内容是调解过程中的妥协, 不得视为自认。

[例] 郭某诉张某财产损害一案, 法院进行了庭前调解, 张某承认对郭某财产造成损害, 但在赔偿数额上双方无法达成协议。关于本案, 下列哪一选项是正确的? (2010年·卷三·48题)

- A. 张某承认对郭某财产造成损害, 已构成自认
- B. 张某承认对郭某财产造成损害, 可作为对张某不利的证据使用
- C. 郭某仍需对张某造成财产损害的事实举证证明
- D. 法院无需开庭审理, 本案事实清楚可直接作出判决

[分析与思路] 本题的考点在于诉讼中, 当事人为达成调解协议或者和解目的所作出的妥协所涉及对案件事实的认可, 不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据, 但法律另有规定或者当事人均认可的除外。可见张某是在调解过程中承认对郭某造成财产损害的事实, 但是最后没能达成协议, 所以该事实不得作为对其不利的证据, 也就是说不能认定为

张某的自认, 对该事实仍然应当由郭某承担证明责任。综上所述, 本题答案为 C。

真题示例

【例 1】下列哪一情形可以产生自认的法律后果? (2015 年·卷三·40 题)

- A. 被告在答辩状中对原告主张的事实予以承认
- B. 被告在诉讼调解过程中对原告主张的事实予以承认, 但该调解最终未能成功
- C. 被告认可其与原告存在收养关系
- D. 被告承认原告主张的事实, 但该事实与法院查明的事实不符

【分析与思路】本题考查自认。一方当事人在法庭审理中, 或者在起诉状、答辩状、代理词等书面材料中, 对于已不利的事实明确表示承认的, 构成自认, 对方当事人无需举证证明, 法院直接将其作为裁判的依据, 所以 A 选项正确。在诉讼中, 当事人为达成调解协议或者和解目的所作出的妥协所涉及到的对案件事实的认可, 不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据, 但法律另有规定或者当事人均认可的除外, B 选项属于调解中的妥协和让步所涉及到的对案件事实的认可, 不得视为自认, 表述错误。关于自认的范围, 对于涉及身份关系、国家利益、社会公共利益等应当由人民法院依职权调查的事实, 不适用自认的规定, 同时, 自认的事实与法院查明的事实不符的, 人民法院不予确认。C 选项是涉及身份关系的事实, 不适用自认制度, 不产生自认的法律效果。D 选项被告承认的事实与法院查明的事实不符, 法院不予确认, 不会产生自认的法律效果。综上所述, 本题答案为 A。

【例 2】关于自认的说法, 下列哪一选项是错误的? (2009 年·卷三·42 题)

- A. 自认的事实允许用相反的证据加以推翻
- B. 身份关系诉讼中不涉及身份关系的案件事实可以适用自认
- C. 调解中的让步不构成诉讼上的自认
- D. 当事人一般授权的委托代理人一律不得进行自认

【分析与思路】A 选项自认的事实允许用相反证据加以推翻, 这一点在 2015 年《民诉解释》中也予以明确, 2015 年《民诉解释》规定, 自认的事实与人民法院查明的事实不符的, 不予确认。D 选项, 一般授权的委托代理人可以进行自认, 只是承认该事实将导致直接承认对方诉讼请求的, 该委托代理人需要特别授权而已, 故 D 选项表述错误。与身份有关的事实不适用自认制度, 而与身份有关的案件中, 有些事实与身份有关, 不能自认, 有些事实与身份无关, 可以自认, 所以 B 选项正确。调解中的妥协和让步不构成诉讼中的自认, 所以 C 选项正确。综上所述, 本题答案为 D。

第二节 证明责任

知识体系

概念与理解

概念

证明责任是一种不利的风险负担。

在作出判决前, 当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的, 由负有举证证明责任的当事人承担不利后果。

续表

概念与理解	理解		(1) 真伪不明是证明责任发生的前提； (2) 当事人是证明责任的主体，法院不承担证明责任； (3) 针对单一诉讼请求所涉及的事实，证明责任只能由一方当事人承担； (4) 证明责任的负担是由法律和司法解释预先确定的，在诉讼中不存在证明责任转移问题； (5) 不承担证明责任的一方当事人也可以积极行使举证权利； (6) 证明责任是一种拟制或假定，可能与客观事实不符。
	原则		“谁主张，谁举证” (1) 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； (2) 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。
证明责任分配	原则的体现	合同纠纷	(1) 主张合同成立并生效的一方当事人对合同的成立并生效的事实承担证明责任。 (2) 主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方当事人对合同关系变更、解除、终止、撤销的事实承担证明责任。 (3) 对合同是否履行发生争议，由主张合同已经履行的一方当事人承担证明责任。 (4) 对是否存在代理权发生争议，由主张代理权存在的一方当事人承担证明责任。
		侵权纠纷	(1) 由受害方对侵权责任的构成要件（一般为侵权行为、因果关系、损害后果、加害人过错四要件；如果是无过错责任原则则为行为、结果、因果关系三要件）承担证明责任； (2) 由加害方对具有法定的免责事由承担证明责任。
	倒置规定	因果关系倒置	因污染环境、破坏生态发生纠纷，行为人应当就其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任。
		过错倒置	民法中的所有“过错推定”即为过错倒置 (1) 无民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身伤害，幼儿园、学校或者其他教育机构应当承担赔偿责任；但能够证明尽到教育、管理职责的，不承担责任。 (2) 医疗纠纷中，患者在诊疗活动中受到损害，有下列情形之一的，推定医疗机构有过错：①违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定；②隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料；③遗失、伪造、篡改或者违法销毁病历资料。 (3) 动物园的动物造成他人损害的，动物园应当承担侵权责任；但是能够证明尽到管理职责的不承担侵权责任。 (4) 建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落造成他人损害，所有人、管理人或者使用人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。堆放物倒塌、滚落或者滑落造成他人损害，堆放人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。

考点精讲

一、证明责任的概念

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，应

当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。

在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利后果。

③ 理解与适用

【例1】张三的汽车停在车库，被撞坏了，于是起诉李四，主张李四的车将自己的车撞坏，要求赔偿损失。

情形一：在诉讼中，如果张三提供了车库的监控录像，录像清楚地显示李四开车撞坏了张三的车，此时，法院能够认定李四开车撞坏了张三的车这一事实，然后依据相关法律进行判决。

情形二：在诉讼中，李四提出证据，证明当天自己的车借给了朋友王五，并没有进入车库。那么法院可以认定李四的车没有撞到张三的车，侵权行为不存在，而判决张三败诉。

以上情形一和情形二均属于“事实清楚、证据确实充分”，法院当然应当以证据证明的事实作为裁判依据，但实践中有可能出现如下情形：

情形三：本案中，张三只提供了一份极为模糊的监控录像，根本无法辨认撞坏张三的车的就是李四的车，李四也没有提供任何证据证明侵权事实不存在，即既没有证据证明李四的侵权行为存在，也没有证据证明其侵权行为不存在，李四是否存在侵权行为处于事实不清、真伪不明状态。

在事实不清、真伪不明的状态下，法院不能以事实不清为由拒绝裁判，此时，证明责任将发挥作用。

证明责任即是由法律或者司法解释预先规定，对于某一事实应当由谁提供证据证明（行为责任）；如果该事实处于真伪不明的情况下，谁承担不利后果（结果责任）。

如本案的解决，司法解释规定由主张侵权法律关系存在的张三对侵权事实承担证明责任，即在行为上，应当由张三提供证据证明侵权事实存在，在结果上，如果该事实无法证明，处于事实不清、真伪不明状态下，应当由张三承担不利后果，即推定张三主张的侵权事实不存在。

显然，张三没能提供确实充分的证据证明侵权事实的存在，应当由其承担证明责任的不利后果，即法院推定其主张的侵权事实不存在，并据此判决驳回张三的诉讼请求。

故：何为证明责任？

证明责任的本质是一种不利的风险负担。即由法律、司法解释预先规定对某一待证事实应当由何方当事人承担证明责任，即意味着当该事实处于事实不清、真伪不明时，由该方当事人承担不利的风险。显然，如果该方当事人积极举证，使得法官相信该事实的存在，则法院应当采信该事实，则该不利风险不会变为现实；但如果该方当事人无法提供充分证据，使得法官认为该事实不清、真伪不明时，法官即认定该事实不成立，该方当事人将承担不利后果，此时不利风险将变为现实。

结合上例说明，张三主张李四将自己的车撞坏。根据司法解释规定，对于侵权事实成立与否，由主张侵权事实成立的一方当事人承担证明责任。即应当由主张侵权事实成立的张三对侵权事实的成立承担证明责任，即如果侵权事实是否成立处于事实不清、真伪不明时，由张三承担不利后果。那么如果张三通过充分证据证明了侵权事实成立，法院即会采信其主张，认定侵权事实成立，此时证明责任不会发生作用；反之，如果张三无法通过充分证据证明侵权事实成立，即侵权事实成立与否处于事实不清、真伪不明的状态时，则张三应当承担不利后果，即法院会推定其主张的侵权事实不成立，此时，证明责任这一风险

将会变为现实。

[例2] 王某开车行驶(60km/h),遇到刘某骑自行车横穿公路,王某紧急刹车,刘某从自行车上倒地摔伤,起诉王某。在诉讼中,双方争议焦点在于刘某倒地摔伤是否是王某驾车所致。法院经过审理,认为无法确定王某的车是否将刘某撞倒,但由于王某车型较大、速度较快、刹车声刺耳等原因,足以使刘某受到惊吓而从自行车上摔落,同时,刘某违反交通规则,对其受伤也应承担相应责任,据此判决王某对刘某的经济损失承担50%责任。问,如何评价一审法院判决?(本题改编自2012年·卷四·5题)

[分析] 经过审理,最终无法确定王某的车是否撞到了刘某,此时,当事人争议的案件事实处于真伪不明的状态,法院应当根据证明责任的分配来作出判决,即对于该事实应当由刘某承担证明责任,而事实处于真伪不明,应当由刘某承担不利后果,即认定王某没有撞到刘某,而不能采用如本案中和稀泥各打五十大板的方式。

当然,本例中刘某起诉主张的事实是王某开车撞到自己,并未主张吓倒这一事实,法院擅自将当事人未主张的事实作为裁判依据,超出当事人事实主张,违反辩论原则,在前文民事诉讼基本原则与基本制度这一专题已经进行了详细阐述。

二、理解证明责任应当注意的问题

1. 真伪不明是证明责任发生的前提。
2. 当事人是证明责任的主体,法院不承担证明责任。
3. 针对单一诉讼请求所涉及的事实,证明责任只能由一方当事人承担,不可能由双方当事人各自承担,否则将导致法院无法裁判。
4. 证明责任由谁承担是由法律和司法解释预先确定的,在诉讼中不存在证明责任在原告被告之间转移的问题。
5. 不承担证明责任的一方当事人也可以积极行使举证权利(此时该当事人提出的证据是反证)。
6. 证明责任是一种拟制或假定,可能与案件的客观事实不相符合。



理解与适用

1. 证明责任作为一种不利的风险负担,只有在事实不清、真伪不明时,该风险才会变为现实,如果事实清楚了,法院当然应当以证据所证明的事实作为裁判依据,故证明责任所确定的风险不会变为现实。

2. 在我国民事诉讼法中,对于一些特定事实(涉及国家、社会、第三人利益的事实,身份关系,程序性事实等)法院可以依职权调查收集证据。但是法院依职权调查收集证据与证明责任无关,不能就此认为法院也需要承担证明责任。因为证明责任是一种风险负担,法院审理案件不可能承担败诉风险。假想某一事实如果由法院承担证明责任,那如果双方当事人均不举证,该事实处于事实不清、真伪不明的状态时,试问法院如何判决?难道判决本院败诉吗?

3. 针对单一事实,只能由双方当事人中的一方承担证明责任,不可能双方都承担证明责任。因为如果对于某一事实双方当事人都承担证明责任,那双方都不举证,最后事实不清、真伪不明时法官依然无法判决。

4. 证明责任得出的结论本身就是一种拟制或者假定,可能与案件客观事实不符。

如李四殴打张三,张三起诉李四要求赔偿医疗费1万元。在诉讼中,张三确实无法提供充分证据证明侵权事实的成立,故法院适用证明责任推定张三主张的事实不成立,判决驳回张三诉讼请求。显然本案中客观事实是李四确实殴打了张三,但法院适用证明责任得

出的结论是李四没有殴打张三。

真题示例

关于证明责任，下列哪些说法是正确的？（2011年·卷三·84题）

- A. 只有在待证事实处于真伪不明情况下，证明责任的后果才会出现
- B. 对案件中的同一事实，只有一方当事人负有证明责任
- C. 当事人对其主张的某一事实没有提供证据证明，必将承担败诉的后果
- D. 证明责任的结果责任不会在原、被告间相互转移

【分析与思路】A、B、D三选项在以上关于证明责任的理解上已经有所讲述，A选项中如果待证事实不是处于真伪不明的状态，法院应当以认定的事实证据证明的事实作为裁判的依据，不适用证明责任。B选项中对同一事实只有一方当事人承担证明责任，不可能由双方当事人共同承担证明责任。试问，如果对同一事实由两方当事人承担证明责任，那么该事实处于真伪不明时，法院应当如何裁判呢？D选项中证明责任是由法律或司法解释预先规定，不存在在诉讼中转移的问题。C选项中，当事人对其主张的事实没有提供证据证明，但是如果对方当事人自认，或者对方当事人直接承认了其诉讼请求，依然可能胜诉。综上所述，本题答案为ABD。

三、证明责任的分配

证明责任的分配历来是考试的重点和难点。

（一）原则及体现

举证责任的分配一般遵循“谁主张，谁举证”；进一步明确为“谁主张积极事实，谁承担证明责任，而主张消极事实的人不承担证明责任。”

该原则在2015年《民诉解释》91条中得以明确：法院应当依照下列原则确定举证证明责任的承担，但法律另有规定的除外：

（1）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；

（2）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。

例如：

（1）对是否存在借款事实，原告主张借了，被告主张没借，对于借没借，借了是积极主张，没借是消极主张，故应当由主张借了的原告承担证明责任。

（2）对借款是否已经归还，被告主张还了，原告主张没还，对于还没还，还了是积极主张，没还是消极主张，故应当由主张还了的被告承担证明责任。

（3）侵权纠纷中，对是否存在侵权事实，原告主张存在，被告主张不存在，对于是否存在，存在为积极主张，不存在为消极主张，应当由主张存在的原告承担证明责任。

（4）侵权纠纷中，对是否存在免责事由，被告主张存在，原告主张不存在，对于是否存在，存在为积极主张，不存在为消极主张，应当由主张存在的被告承担证明责任。

具体体现如下：

1. 合同纠纷^①

^① 该内容虽为2019年《证据规定》所删除，其原因是该结论可以直接根据2015年《民诉解释》91条当然得出，无需再行规定，并不意味着该结论不再适用。

- (1) 主张合同成立并生效的一方当事人对合同的成立并生效的事实承担证明责任。
- (2) 主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方当事人对合同关系变更、解除、终止、撤销的事实承担证明责任。
- (3) 对合同是否履行发生争议，由主张合同已经履行的一方当事人承担证明责任。
- (4) 对是否存在代理权发生争议，由主张代理权存在的一方当事人承担证明责任。

2. 侵权纠纷。

(1) 由受害方对侵权责任的构成要件（一般为侵权行为、因果关系、损害后果、加害人过错四要件；如果是无过错责任原则则为行为、结果、因果关系三要件）承担证明责任；

(2) 由加害方对具有法定的免责事由承担证明责任。

（二）根据民法相关规定，存在如下证明责任倒置的问题

1. 民法中规定的因果关系倒置

因污染环境、破坏生态发生纠纷，行为人应当就其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任。

理解与适用

此时，推定侵权人的侵权行为与损害之间存在因果关系。如果侵权人主张其行为与损害之间不存在因果关系的，应当对行为与损害间不存在因果关系承担证明责任。

故在环境污染案件中应当由原告对侵权行为、损害结果两要件承担证明责任，被告对免责事由和无因果关系承担证明责任。

2. 民法中过错推定的情形即为过错倒置

(1) 无民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身伤害，幼儿园、学校或者其他教育机构应当承担赔偿责任；但能够证明尽到教育、管理职责的，不承担责任；

(2) 医疗纠纷中，患者在诊疗活动中受到损害，有下列情形之一的，推定医疗机构有过错：①违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定；②隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料；③遗失、伪造、篡改或者违法销毁病历资料。

(3) 动物园的动物造成他人损害的，动物园应当承担侵权责任；但是能够证明尽到管理职责的不承担侵权责任。

(4) 建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落造成他人损害，所有人、管理人或者使用人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。堆放物倒塌、滚落或者滑落造成他人损害，堆放人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。

理解与适用

过错推定责任中，法律推定侵权人有过错，故侵权人若主张其无过错，应当对其主张的无过错承担证明责任。

故在过错推定责任中，应当由原告证明侵权行为、损害后果、因果关系三要件，被告证明免责事由和无过错。

技术流

“一个原则，两类倒置”解决证明责任的分配

综上所述，解决证明责任的分配仅仅需要记住“一个原则，两类倒置”即可。

原则：谁主张积极事实，谁承担证明责任。（合同纠纷、侵权纠纷等均如此，侵权纠

纷中,原告证明侵权法律构成要件,被告证明免责事由)

倒置:存在倒置的两类规定(环境污染的因果关系倒置;过错推定的过错倒置)

“一个原则,两类倒置”解决证明责任“三步走”

第一步:一个原则——“谁主张,谁举证”

(1)原告证明侵权构成要件;

(2)被告证明免责事由;

第二步:根据民法的规定判断归责原则(是否无过错责任原则)

(1)如果是无过错责任原则,侵权构成要件包含行为、结果、因果关系三要件;

(2)如果不是无过错责任原则,侵权构成要件包含行为、结果、因果关系、过错四要件。

第三步:根据民法的规定判断是否存在“两类倒置”

存在“两类倒置”的,将该倒置的要件倒置给被告证明即可。

(1)环境污染案件因果关系倒置;

(2)过错推定案件过错倒置。

以上三步,证明责任分配的问题即可完美解决。

真题示例

【例1】甲工厂的生产污水流入李某承包的鱼塘,致使鱼虾死亡,损失2万元。李某起诉,请求甲工厂赔偿。下列哪些事实应当由甲工厂承担举证责任?(2005年·卷三·78题)

- A. 甲工厂的生产污水是否流入李某承包的鱼塘
- B. 李某承包的鱼塘鱼虾死亡造成损失的具体数额
- C. 鱼虾死亡的原因是否为甲工厂污水所致
- D. 是否具有免责事由

【分析与思路】本题是侵权纠纷。第一步,根据“谁主张,谁举证”的原则判断原告证明构成要件,被告证明免责事由;第二步,结合民法的规定判断环境污染属于无过错责任原则,故侵权构成要件只有行为、结果、因果关系三要件,过错不是侵权构成要件;故原告应证明行为、结果、因果关系三要件,被告证明免责事由。第三步,环境污染案件因果关系倒置,故将因果关系这一要件倒置给被告证明。综上,本案应由原告证明行为、结果,被告证明免责事由和无因果关系。A选项中污水是否流入鱼塘属于侵权行为,应当由原告李某证明,工厂无需证明,表述错误。B选项中损失数额属于结果,应当由原告李某证明,工厂无需证明,表述错误。C选项中鱼虾死亡是否污水所致属于因果关系,应当由被告即工厂证明,表述正确。D选项免责事由应当由被告即工厂证明,表述正确。综上所述,本题答案为CD。

【例2】甲养的宠物狗将乙咬伤,乙起诉甲请求损害赔偿。诉讼过程中,甲认为乙被咬伤是因为乙故意逗狗造成的。关于本案中举证责任的分配,下列哪一选项是正确的?(2007年·卷三·45题)

- A. 甲应当就乙受损害与自己的宠物狗没有因果关系进行举证
- B. 甲应当对乙故意逗狗而遭狗咬伤的事实负举证责任
- C. 乙应当就自己没有逗狗的故意负举证责任
- D. 乙应当就自己受到甲的宠物狗伤害以及自己没有逗狗的故意负举证责任

【分析与思路】本题是侵权纠纷。第一步,根据“谁主张,谁举证”原则,应当由原告证明侵权构成要件,被告证明免责事由;第二步,动物致人损害为无过错责任原则,侵

权构成要件只有行为、结果、因果关系三要件，即应由原告证明行为、结果、因果关系三要件，被告证明免责事由；第三步，动物致人损害并无倒置的规定。综上，本案原告应当证明行为、结果、因果关系三要件，被告证明免责事由。

A 选项中因果关系应该由原告乙证明，表述错误；B 选项中乙故意逗狗属于免责事由，应当由被告甲证明，表述正确；C 选项故意逗狗属于免责事由，应当由被告甲证明，表述错误；D 选项乙遭到伤害属于结果，应该由原告乙证明，但故意逗狗属于免责事由，应当由被告甲证明，表述错误。综上所述，本题答案为 B。

[例 3] 甲路过乙家门口，被乙叠放在门口的砖头砸伤，甲起诉要求乙赔偿。关于本案的证明责任分配，下列哪一说法是错误的？（2012 年·卷三·37 题）

- A. 乙叠放砖头倒塌的事实，由原告甲承担证明责任
- B. 甲受损害的事实，由原告甲承担证明责任
- C. 甲所受损害是由于乙叠放砖头倒塌砸伤的事实，由原告甲承担证明责任
- D. 乙有主观过错的事实，由原告甲承担证明责任

[分析与思路] 本题是侵权纠纷。第一步，根据“谁主张，谁举证”原则，应当由原告证明侵权构成要件，被告证明免责事由，第二步，根据民法归责原则，搁置物、悬挂物、堆放物致人损害不是无过错责任原则，侵权构成要件包括行为、结果、因果关系、过错四要件，故应由原告证明行为、结果、因果关系、过错四要件，被告证明免责事由。第三步，本案属于搁置物、悬挂物、堆放物致人损害，根据民法的规定属于过错推定，故过错倒置给被告证明。综上本案应由原告证明行为、结果、因果关系，被告证明无过错和免责事由。

A 选项乙叠放砖头倒塌属于侵权行为，应由原告甲证明，表述正确；B 选项甲受到损害属于结果，应当由原告甲证明，表述正确；C 选项甲所受损害由于乙叠放砖头倒塌属于因果关系，应当由原告甲证明，表述正确；D 选项过错应当由被告乙证明，表述错误。

综上所述，本题答案为 D。

[例 4] 夏某在回宿舍的楼道里，被季某堆放在楼梯过道的衣柜不小心绊倒受伤，夏某向法院起诉季某，要求损害赔偿。在诉讼中本案被告季某是否存在过错产生争议，关于该争议事实的证明责任分配，下列表述正确的是？（2019 年金题）

- A. 法院承担证明责任
- B. 过错不是本案的证明对象
- C. 由季某证明自己没有过错
- D. 由夏某证明季某有过错

[分析与思路] 本题考查证明责任分配。第一步，根据“谁主张，谁举证”原则，应当由原告证明侵权构成要件，被告证明免责事由；第二步，根据民法归责原则，搁置物、悬挂物、堆放物致人损害不是无过错责任原则，侵权构成要件包括行为、结果、因果关系、过错四要件，故应由原告证明行为、结果、因果关系、过错四要件，被告证明免责事由；第三步，本案属于搁置物、悬挂物、堆放物致人损害，根据民法的规定属于过错推定，故过错倒置给被告证明。综上本案应由原告证明行为、结果、因果关系，被告证明无过错和免责事由。

本案争议事实是季某是否存在过错，显然，应当由被告季某对自己无过错承担证明责任，故本案 C 选项正确，D 选项错误。证明责任应当由当事人承担，法院不承担证明责任，故 A 选项错误。本案搁置物致人损害，并非无过错责任原则，侵权人季某有过错是本案侵权构成要件，是本案的证明对象，所以 B 选项错误。综上所述，本题答案为 C。

[例 5] 薛某雇杨某料理家务。一天，杨某乘电梯去楼下扔掉厨房垃圾时，袋中的碎玻璃严重划伤电梯中的邻居乔某。乔某诉至法院，要求赔偿其各项损失 3 万元。关于本

案，下列哪一说法是正确的？（2017 年·卷三·40 题）

- A. 乔某应起诉杨某，并承担杨某主观有过错的证明责任
- B. 乔某应起诉杨某，由杨某承担其主观无过错的证明责任
- C. 乔某应起诉薛某，由薛某承担其主观无过错的证明责任
- D. 乔某应起诉薛某，薛某主观是否有过错不是本案的证明对象

【分析与思路】 本题考查当事人和证明责任。首先本题薛某雇杨某料理家务，杨某致乔某损害，根据司法解释规定，提供劳务致人损害，受害人应当以接受劳务方为被告提起诉讼，不能以提供劳务方为被告。故本案应当以接受劳务方薛某为适格被告，提供劳务方杨某不能作为本案适格被告，故本题 A、B 选项表述错误。

其次关于证明责任。第一步，根据“谁主张，谁举证”原则，应当由原告证明侵权构成要件，被告证明免责事由；第二步，根据民法的归责原则，提供劳务致人损害，接受劳务方承担的是无过错责任，侵权构成要件只有行为、结果、因果关系三要件，即应由原告证明行为、结果、因果关系三要件，被告证明免责事由；第三步，提供劳务致人损害中不存在倒置的规定。故本案应当由原告乔某证明行为、结果、因果关系三要件，被告薛某证明免责事由。而接受劳务方承担的是无过错责任，故接受劳务方薛某是否有过错与本案无关，不是本案证明对象，既然不是本案证明对象。则无需讨论证明责任，故 D 选项正确，C 选项错误。综上所述，本题答案为 D。

【命题思路与常见错误分析】 注意证明对象是证明责任的前提。只有本案的证明对象才需要证据证明，才需要讨论证明责任问题。而不是本案的证明对象则无需证据证明，不需要讨论证明责任。

第三节 证明标准

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY

程序性事实	较大可能性：与诉讼保全、回避等程序性事项有关的事实，法院结合当事人的说明及相关证据，认为有关事实存在的可能性较大的，可以认定该事实存在；	
实体性事实	一般标准	高度可能性——一般的事实
	特殊标准	排除合理怀疑——欺诈、胁迫、恶意串通，以及对口头遗嘱或者赠与事实
注意	证明标准以证明责任为前提	

考点精讲

1. 程序性事实——较大可能性：与诉讼保全、回避等程序性事项有关的事实，法院结合当事人的说明及相关证据，认为有关事实存在的可能性较大的，可以认定该事实存在；

2. 实体性事实

（1）一般标准——高度可能性：对负有举证证明责任的当事人提供的证据，法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在。

对一方当事人为反驳负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据，法院经审查并结合相关事实，认为待证事实真伪不明的，应当认定该事实不存在。

(2) 特殊标准——排除合理怀疑。当事人对欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明，以及对口头遗嘱或者赠与事实的证明，法院确信该待证事实存在的可能性能够排除合理怀疑的，应当认定该事实存在。

3. 法律对于待证事实所应达到的证明标准另有规定的，从其规定。

理解与适用

在诉讼中，待证事实达到了相应证明标准，法庭便可采信该事实；反之，如果没有达到相应证明标准，该事实则处于真伪不明状态，即应由承担证明责任的一方当事人承担不利后果。

证明责任解决的问题是对于某一待证事实应当由谁提供证据证明，如果该事实得不到证明（即处于事实不清、真伪不明状态）应当由谁承担不利后果。那么，承担证明责任的人需要提供证据将待证事实证明到什么程度，其主张的事实才会得到法庭采信，才能卸去证明责任，不至于承担证明责任的不利后果呢？此为证明标准所要解决的问题。

即证明标准解决的问题是承担证明责任的人要使其主张得到法庭采信所要提供证据将待证事实证明到的某种程度或者标准。

民事诉讼中一般证明标准从低到高分别为

1. 较大可能性——程序性事实；
2. 高度可能性——一般的实体性事实；
3. 排除合理怀疑——欺诈、胁迫、恶意串通，口头遗嘱以及赠与事实。

深度拓展一

证明标准以证明责任为前提

【例】原被告因为合同纠纷，诉至法院，关于合同的效力等问题发生争议，请判断如下四例：

(1) 判断“原告主张合同关系成立并生效，应当将合同关系成立并生效的事实证明到高度可能性的标准，否则将承担证明责任的不利后果？”

(2) 判断“被告主张合同关系不存在，应当将合同关系不存在的事实证明到高度可能性的标准，否则将承担证明责任的不利后果？”

(3) 判断：“被告主张合同存在欺诈而要求撤销合同，应当将存在欺诈的事实证明到高度可能性标准，否则将承担证明责任的不利后果？”

(4) 判断：“原告主张合同不存在欺诈，应当将不存在欺诈的事实证明到排除合理怀疑的标准，否则将承担证明责任的不利后果？”

【分析】证明标准以证明责任为前提，故理解证明标准应当注意如下三个问题：

1. 承担证明责任的人需要提供证据将其主张的事实证明到相应标准，才能卸去证明责任，否则其将承担证明责任的不利后果。

2. 不承担证明责任的人无需提供证据证明其主张的事实，自然不需要将该事实证明到相应证明标准。只要该事实一直处于事实不清、真伪不明情况下，法院即会认定对方（承担证明责任一方）主张的事实不存在。

3. 当然，不承担证明责任的人有提出证据反驳对方主张的权利，其提供的证据为反证，其提供反证的目的是使对方主张的事实处于真伪不明的状态，进而使对方将承担证明责任的不利后果，即法院将作出对对方不利的推定。

据此分析以上四例：

(1) 正确。对于合同是否成立并生效的事实应当由主张合同关系成立并生效的原告承担证明责任, 此时一般标准, 即高度可能性。

(2) 错误。对于合同是否成立, 应当由主张成立的一方当事人承担证明责任。被告主张合同关系不成立, 无需对该事实承担证明责任, 自然无需达到相应证明标准。只要合同是否成立这一事实处于事实不清、真伪不明状态, 法院即应认定合同不成立。

(3) 错误。对于合同是否存在欺诈事实, 应当由主张存在欺诈的被告承担证明责任, 但该事实应当适用特殊标准, 即排除合理怀疑, 而不是高度可能性标准。

(4) 错误。对于合同是否存在欺诈, 应当由主张存在欺诈的被告承担证明责任, 原告主张不存在欺诈事实, 不承担证明责任, 故无需达到该证明标准, 表述错误。

【技术流】证明标准解题两步走

综上所述, 关于证明标准的判断, 请严格按照如下步骤进行:

步骤一: 该事实由谁承担证明责任?

承担证明责任的一方当事人需要将该事实证明到相应标准;

不承担证明责任的一方当事人不需要将该事实证明到相应标准。

步骤二: 该事实是否属于特殊事实(欺诈、胁迫、恶意串通, 赠与, 口头遗嘱)?

属于特殊事实, 适用特殊标准——排除合理怀疑;

不属于特殊事实, 适用一般标准——高度可能性。

深度拓展二

证明责任, 本证、反证, 证明标准的关系

1. 承担证明责任的人应当提供证据, 其提供的证据为本证, 提供本证应当达到证明标准, 否则该方当事人应当承担证明责任的不利后果;

2. 不承担证明责任的人没有提供证据的义务; 但有提供证据的权利, 其提供的证据为反证, 不承担证明责任的人提供反证无需达到证明标准。

深度拓展三

证明对象, 证明责任, 证明标准

证明对象是证明责任的前提, 证明责任又是证明标准的前提

即分析题目时应当先讨论证明对象, 再讨论证明责任, 再讨论本证、反证以及证明标准问题。

第一步: 首先讨论哪些事实需要证据证明(证明对象);

第二步: 对于证明对象才需要讨论由谁承担证明责任(证明责任); 而不是本案证明对象的事实则无需证据证明, 自然无需讨论证明责任;

第三步: 承担证明责任的人提供的证据是本证, 需要讨论证明标准; 而不承担证明责任的人提供的证据是反证, 无需达到证明标准。

【例1】张三雇佣李四打扫卫生, 李四擦窗户时不慎将一块玻璃弄破, 致使楼下行人王五受伤, 王五起诉赔偿, 请分析本案当事人、证明责任的承担以及相应的证明标准?

【分析与思路】雇员致人损害, 雇主承担无过错责任, 故本案王五为原告, 张三为被告。

由于本案是无过错责任原则, 且不存在任何倒置规定, 故应当由原告王五证明侵权构成三要件, 即侵权行为、损害后果, 以及侵权行为与损害后果存在因果关系; 由被告张三证明免责事由, 以上事实适用一般证明标准, 即高度可能性标准;

同时由于本案是无过错责任原则, 故被告张三是否有过错与本案无关, 不是本案证明对象, 无需证据证明, 故不存在证明责任的问题, 更不存在证明标准问题。任何证明张三

是否有过错的材料均与案件无关，不是本案的证据，故既不是本证，又不是反证。

【例2】五环公司与四海公司于C县签订购货合同，现五环公司起诉要求四海公司支付货款。四海公司辩称已将货款交给五环公司业务员付某。五环公司承认付某是本公司业务员，但认为其无权代理本公司收取货款，且付某也没有将四海公司声称的货款交给本公司。四海公司向法庭出示了盖有五环公司印章的授权委托书，证明付某有权代理五环公司收取货款，但五环公司对该授权书的真实性不予认可。本案需要由四海公司承担证明责任的事实包括：（2015年·卷三·96题）

- A. 四海公司已经将货款交付给了五环公司业务员付某
- B. 付某是五环公司业务员
- C. 五环公司授权付某代理收取货款
- D. 付某将收取的货款交到五环公司

【分析与思路】 本题考查合同纠纷的证明责任。A选项是否将货款交给五环公司业务员属于合同是否履行的事实，应当由主张合同已经履行的四海公司承担证明责任；B选项付某是五环公司业务员这一事实已经经过五环公司自认，对于自认事实对方当事人无需承担证明责任，且法院将直接作为裁判依据，该事实无需证明；C选项中关于付某是否具有代理权应当由主张代理权存在的四海公司承担证明责任；D选项付某是否将货款交回五环公司属于五环公司与付某之间的问题，并非本案待证事实，无需证据证明。

综上所述，本题答案为AC。

【命题思路与常见错误分析】 本题B、D选项是干扰选项，请考生注意证明的步骤，首先确定证明对象（哪些事实需要证据证明）；其次在证明对象的基础上确定证明

责任（该证明对象应当由谁提供证据证明）；最后在证明责任的基础上确定证明标准（承担证明责任的人应当将该事实证明到何种标准）。故讨论证明责任应当以确定证明对象为前提，而B选项所述事实属于自认事实，属于免证事实，不是本案证明对象，无需证据证明，故不讨论证明责任问题；D选项所述事实属于与案件无关事实，也不是本案证明对象，无需证据证明，不讨论证明责任问题。

【例3】刘月购买甲公司的化肥，使用后农作物生长异常。刘月向法院起诉，要求甲公司退款并赔偿损失。诉讼中甲公司否认刘月的损失是因其出售的化肥质量问题造成的，刘月向法院提供了本村吴某起诉甲公司损害赔偿案件的判决书，以证明甲公司出售的化肥有质量问题且与其所受损害有因果关系。关于本案刘月所受损害与使用甲公司化肥因果关系的证明责任分配，下列哪一选项是正确的？（2016年·卷三·40题）

- A. 应由刘月负担有因果关系的证明责任
- B. 应由甲公司负担无因果关系的证明责任
- C. 应由法院依职权裁量分配证明责任
- D. 应由双方当事人协商分担证明责任

【分析与思路】 本题考点在于免证事实。人民法院的生效裁判认定的事实为免证事实，但可以通过相反证据推翻。生效判决（吴某诉甲公司一案的判决）确定了化肥质量问题以及与农作物生长异常的因果关系，该事实成为免证事实，无需证据证明，故本题其实与证明责任无关。关于免证事实的考点，人民法院生效判决认定的事实为免证事实，但是对方当事人可以通过相反证据推翻，故本案中甲公司可以用相反证据推翻生效判决认定的因果关系这一事实。故甲公司应当提供证据证明化肥质量问题与农作物生长异常不存在因果关系。当然C、D选项明显错误，因为证明责任只能由法律、司法解释预先规定，不存在法院职权裁量以及当事人协议分配的可能。综上所述，本题答案为B。

【命题思路与常见错误分析】 本题干扰性极强，在整个2016年考试试题中考生提出的异议最多。绝大多数考生（包括笔者自己）简单地把题目理解为产品侵权，应当由原告证

明行为、结果、因果关系，被告证明免责事由，直接选择了 A。而实际上本题与证明责任无关。题目表述“刘月向法院提供了本村吴某起诉甲公司损害赔偿案件的判决书，以证明甲公司出售的化肥有质量问题且与其所受损害有因果关系”则表明已由生效法律文书确认了因果关系，则存在因果关系属于免证事实，无需证据证明，故本题与证明责任无关。而生效判决确认的事实可以用相反证据予以推翻，故甲公司可以通过相反证据推翻生效判决认定的事实，即提供证据证明该化肥质量问题与农作物生长异常无关。故本题应当选择 B。当然也有考生直接将案件视为环境污染，适用因果关系证明责任倒置的规定选择了 B，确属歪打正着。

【例 4】 甲向法院起诉乙，提交了一张银行转账的凭证，证明自己借给乙 50 万元，在诉讼中，乙主张甲借款给自己是为了偿还自己以前借款给甲的事实，下列说法正确的是？（2019 年金题）

- A. 甲提交的银行转账凭证属于直接证据
- B. 甲提交的银行转账凭证属于间接证据
- C. 乙对甲曾经向自己借款的事实承担举证责任
- D. 甲应对借款给乙的事实承担证明责任

【分析与思路】 本题考查证据的理论分类和证明责任。首先，关于直接证据和间接证据的区分，其区分要点在于内容的完整性，在内容上能够完整证明待证事实的是直接证据，在内容上只能证明待证事实的一个部分一个片段的证据是间接证据。甲向法院提供了银行的转账凭证，该证据的待证事实是自己借给乙 50 万，显然，该转账凭证只能证明自己向乙转款 50 万，但并不能完整证明借款事实（无法证明该笔转账是借款、归还欠款、赠予等），是间接证据，故 A 选项错误，B 选项正确。其次，关于证明责任，甲主张借款事实成立，故应当对借款事实成立的事实承担证明责任，故 D 选项正确。C 选项为干扰选项，证明对象是证明责任的前提，故分析证明责任应当首先确定该事实是本案的证明对象。甲是否曾经向乙借款与本案无关，不是本案证明对象，无需证据证明，故无需讨论证明责任。故 C 选项错误。综上所述，本题答案为 BD。

【命题思路与常见错误分析】 本题 C 选项为干扰选项。很多同学直接判断乙主张甲曾经向自己借款，该事实为积极事实，应当由主张方乙承担证明责任，误选 C 选项。本案是甲起诉乙归还借款，故本案待证事实应当是借款事实是否成立，乙是否已经归还借款。前者应当由主张借款事实成立的甲承担证明责任，后者应当由主张已经归还的乙承担证明责任。而甲是否曾经向乙借款是与本案无关的另一法律关系的事实，不是本案证明对象，无需证据证明，故无需当事人承担证明责任。

第四节 证据保全

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY

诉讼中的 证据保全	适用情形	证据可能灭失或者日后难以取得。
	启动方式	依申请或者依职权。
	管辖	受理案件的法院。
	申请时间	举证期限届满前。
	担保	诉讼中证据保全可能给他人造成损失的，应当责令申请人提供担保。

续表

诉前证据保全	适用情形	情况紧急，在证据可能灭失或日后难以取得的情况下，利害关系人可以在起诉或申请仲裁前申请证据保全。
	启动方式	只能依申请。
	管辖	证据所在地、被申请人住所地、对案件有管辖权的法院。 诉前证据保全后，当事人向其他有管辖权的法院起诉，采取保全措施的法院应当根据当事人申请将保全的证据及时移交受理案件的法院。
	程序	48 小时内裁定。
	解除	申请人自保全之日起 30 日内不起诉或者申请仲裁的，解除保全措施。
	担保	应当责令提供担保。

考点精讲

证据保全是指在证据可能灭失或日后难以取得的情况下，法院依据申请人的申请或者依职权对证据加以固定和保护的制度。根据保全的时间不同，分为诉讼中证据保全和诉前证据保全。证据保全的其他内容适用《民事诉讼法》保全一章中的规定。

1. 诉讼中证据保全

- (1) 适用：证据可能灭失或日后难以取得；
- (2) 启动方式：当事人申请或者法院依职权采取；
- (3) 申请时间：举证期限届满前；
- (4) 管辖法院：受理案件的法院；
- (5) 担保：诉讼中证据保全可能给他人造成损失的（如采取查封、扣押等限制保全标的的适用、流通等保全措施），应当责令提供担保。

2. 诉前证据保全

- (1) 适用：情况紧急，在证据可能灭失或日后难以取得的情况下，利害关系人可以在起诉或申请仲裁前申请证据保全；
- (2) 管辖法院：证据所在地、被申请人住所地、对案件有管辖权的法院；
法院采取诉前保全措施后，当事人向其他有管辖权的法院起诉的，采取保全措施的法院应当根据当事人的申请，将保全的证据及时移交受理案件的法院。
- (3) 程序：法院在 48 小时内作出裁定；
- (4) 解除：申请人自保全之日起 30 日内不起诉或者申请仲裁的，解除保全措施；
- (5) 担保：应当责令提供担保。

诉讼中证据保全和诉前证据保全主要考点对比

	诉讼中证据保全	诉前证据保全
适用情形	证据可能灭失或日后难以取得。	情况紧急，证据可能灭失或日后难以取得。
启动方式	可以依职权，也可以依申请。	只能依申请。
时间	诉讼中，举证期限届满前。	起诉或申请仲裁前。
管辖	受理案件的法院。	证据所在地、被申请人住所地、对案件有管辖权的法院。
担保	可能造成损失的，应当责令提供担保。	应当责令提供担保。

真题示例

甲县吴某与乙县宝丰公司在丙县签订了甜橙的买卖合同，货到后发现甜橙开始腐烂，未达到合同约定的质量标准。吴某退货无果，拟向法院起诉，为了证明甜橙的损坏状况，向法院申请诉前证据保全。关于诉前保全，下列哪一表述是正确的？（2013 年·卷三·46 题）

- A. 吴某可以向甲、乙、丙县法院申请诉前证据保全
- B. 法院应当在收到申请 15 日内裁定是否保全
- C. 法院在保全证据时，可以主动采取行为保全措施，减少吴某的损失
- D. 如果法院采取了证据保全措施，可以免除吴某对甜橙损坏状况提供证据的责任

【分析与思路】 A 选项考查诉前证据保全的管辖，依据《民事诉讼法》规定，诉前证据保全可以向证据所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的法院申请，“货到后”三字可以看出甲县是证据所在地，乙县是被申请人宝丰公司的住所地，而丙县是合同签订地，吴某可以向甲县和乙县申请诉前证据保全，但不能向丙县法院申请，所以 A 选项错误；B 选项诉前证据保全法院应当在 48 小时内作出裁定，而此处的 15 日是错误的；C 选项表述法院采取行为保全，行为保全分为诉前行为保全和诉讼中行为保全，诉讼中行为保全可以依申请也可以依职权采取，而此时尚未起诉，属于诉前行为保全，只能依申请不能依职权进行，故 C 选项表述法院主动采取诉前行为保全是错误的。D 选项，证据保全后，该证据视为已经向法院提出，吴某对该事实提供证据的责任已经免除。

综上所述，本题答案为 D。

第五节 证明程序

知识体系

举证期限	确定	法院在审理前的准备阶段确定当事人的举证期限，也可以由当事人协商后经法院准许。 普通程序法院指定的举证期限不得少于十五日； 适用简易程序审理的案件不得超过十五日； 小额诉讼案件的举证期限一般不得超过七日。
	计算	(1) 公告送达的，举证期限自公告期届满之次日起计算。 (2) 当事人提出管辖权异议的，举证期限中止，自驳回管辖权异议的裁定生效之日起恢复计算； (3) 追加当事人、有独立请求权的第三人参加诉讼或者无独立请求权的第三人经法院通知参加诉讼的，法院应当为新参加诉讼的当事人确定举证期限，该举证期限适用于其他当事人； (4) 发回重审的案件，第一审法院可以结合案件具体情况和发回重审的原因，酌情确定举证期限； (5) 当事人增加、变更诉讼请求或者提出反诉的，法院应当根据案件具体情况重新确定举证期限。
	延长	当事人在举证期限内提供证据确有困难的，可以在举证期限届满前向法院书面申请延长。

续表

举证期限	逾期举证的后果	当事人逾期提供证据的，法院应当责令说明理由；拒不说明或者理由不成立的，法院可以不采纳该证据，或者采纳该证据，但予以训诫、罚款。 当事人因客观原因逾期提供证据，或者对方当事人对逾期提供证据未提出异议的，视为未逾期。 当事人因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院不予采纳。但该证据与案件基本事实有关的，人民法院应当采纳，并对当事人予以训诫、罚款。 当事人非因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院应当采纳，并对当事人予以训诫。	
法院调查收集证据	依申请	情形	当事人因客观原因无法自行调查收集的证据
		申请程序	当事人在举证期限届满前向法院申请
		质证方式	审判人员对调查收集证据的情况进行说明后，由提出申请的一方当事人与对方当事人、申请人进行质证
	依职权	情形	(1) 涉及可能损害国家利益、社会公共利益的； (2) 涉及身份关系的； (3) 涉及公益诉讼的； (4) 当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的； (5) 涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。 除此之外，法院调查收集证据应当依申请进行。 总结与归纳：法院依职权调查收集的证据仅限于三类国家、社会、第三人利益，身份关系，程序性事实。
质证	无需质证	由审判人员对调查收集证据的情况进行说明后，听取当事人意见	
	质证的效力	证据应当在法庭上出示，由当事人互相质证。未经当事人质证的证据，不得作为认定案件事实的根据。	
	公开质证	涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私或者法律规定应当保密的证据，不得公开质证。	
证据的认定	视为质证	当事人在审理前的准备阶段或者法院调查，询问过程中发表过质证意见的证据，视为质证过的证据。	
	非法证据排除	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。	
	不能单独定案	下列证据不得单独作为定案根据： (1) 当事人的陈述； (2) 无、限制民事行为能力人所作的与其年龄、智力或者精神健康状况不相称的证言； (3) 与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人陈述的证言； (4) 存在疑点的视听资料、电子数据； (5) 无法与原件核对的复印件、复制品。	

考点精讲

一、举证

1. 及时举证：

(1) 当事人及时提供证据的义务：当事人对自己的主张应当及时提供证据。

(2) 举证期限的确定方式：法院在审理前的准备阶段确定当事人的举证期限，也可以由当事人协商后经法院准许。

法院指定举证期限的，适用第一审普通程序审理的案件不得少于十五日，当事人提供新的证据的第二审案件不得少于十日。适用简易程序审理的案件不得超过十五日，小额诉讼案件的举证期限一般不得超过七日。

举证期限届满后，当事人提供反驳证据或者对已经提供的证据的来源、形式等方面的瑕疵进行补正的，法院可以酌情再次确定举证期限，该期限不受前款规定的期间限制。

(3) 举证期限的延长：当事人在举证期限内提供证据确有困难的，可以在举证期限届满前向法院书面申请延长。法院准许的，适当延长举证期限，延长的举证期限适用于其他当事人。

(4) 举证期限计算的一些特殊问题

①公告送达的，举证期限自公告期届满之次日起计算；

②当事人提出管辖权异议的，举证期限中止，自驳回管辖权异议的裁定生效之日起恢复计算；

③追加当事人、有独立请求权的第三人参加诉讼或者无独立请求权的第三人经法院通知参加诉讼的，法院应当为新参加诉讼的当事人确定举证期限，该举证期限适用于其他当事人；

④发回重审的案件，第一审法院可以结合案件具体情况和发回重审的原因，酌情确定举证期限；

⑤当事人增加、变更诉讼请求或者提出反诉的，法院应当根据案件具体情况重新确定举证期限；

(5) 逾期提供证据的后果：当事人逾期提供证据的，法院应当责令说明理由；拒不说明或者理由不成立的，法院可以不采纳该证据，或者采纳该证据，但予以训诫、罚款。

具体适用：当事人逾期提供证据的，人民法院应当责令其说明理由，必要时可以要求其提供相应的证据。并分情况处理（2015年《民诉解释》第101、102条）：

①当事人因客观原因逾期提供证据，或者对方当事人对逾期提供证据未提出异议的，视为未逾期。

②当事人因故意或者重大过失逾期提供的证据，法院不予采纳。但该证据与案件基本事实有关的，法院应当采纳，并对当事人予以训诫、罚款。

③当事人非因故意或者重大过失逾期提供的证据，法院应当采纳，并对当事人予以训诫。

当事人一方要求另一方赔偿因逾期提供证据致使其增加的交通、住宿、就餐、误工、证人出庭作证等必要费用的，法院可予支持。

总结与归纳

举证期限的其他效力

当事人超过举证期限提出证据会导致逾期举证的后果，上文已述，但是在《民事诉讼

法》中存在诸多地方涉及举证期限的,为方便考生记忆,总结如下:(1)提供证据;(2)申请延长举证期限;(3)申请证人出庭作证;(4)申请法院调查收集证据;(5)诉讼中申请法院保全证据;(6)申请鉴定;(7)申请有专门知识的人出庭;(8)申请法院责令书证持有人提交书证。以上诉讼行为均应当在举证期限届满前进行。

真题示例

[例1] 大皮公司因买卖纠纷起诉小华公司,双方商定了25天的举证时限,法院认可。时限届满后,小华公司提出还有一份发货单没有提供,申请延长举证时限,被法院驳回。庭审时小华公司向法庭提交该发货单。尽管大皮公司反对,但法院在对小华公司予以罚款后仍对该证据进行质证。下列哪一诉讼行为不符合举证时限的相关规定?(2013年·卷三·40题)

- A. 双方当事人协议确定举证时限
- B. 双方确定了25天的举证时限
- C. 小华公司在举证时限届满后申请延长举证时限
- D. 法院不顾大皮公司反对,依然组织质证

[分析与思路] 本题考查举证时限问题,C选项错在申请延长举证时限应当在举证期限内提出申请,而题目表述为举证期限届满后,自然不能申请延长。关于逾期举证后果,2012年《民事诉讼法》改为了应当责令说明理由,拒不说明或者理由不成立的,可以不采纳该证据,或者采纳该证据后予以训诫、罚款,所以法院对小华公司罚款后组织证据质证的做法是正确的。举证期限可以由法院指定,也可以由当事人约定后经法院认可,同时,法院指定举证期限不得少于15天,当事人约定举证期限可以不受此限制。

综上所述,本题答案C。

[例2] 李某起诉王某要求返还10万元借款并支付利息5000元,并向法院提交了王某亲笔书写的借条。王某辩称,已还2万元,李某还出具了收条,但王某并未在法院要求的时间内提交证据。法院一审判决王某返还李某10万元并支付5000元利息,王某不服提起上诉,并称一审期间未找到收条,现找到了并提交法院。关于王某迟延履行收条的法律后果,下列哪一选项是正确的?(2016年·卷三·41题)

- A. 因不属于新证据,法院不予采纳
- B. 法院应采纳该证据,并对王某进行训诫
- C. 如果李某同意,法院可以采纳该证据
- D. 法院应当责令王某说明理由,视情况决定是否采纳该证据

[分析与思路] 本题考查逾期举证的法律后果。举证期限可以由法院在审理前的准备阶段确定(法院确定的举证期限不得少于15天),也可以由当事人协商一致后经法院准许。当事人在举证期限内提供证据确有困难的,可以在举证期限届满前书面向法院申请延长。逾期提供证据的,法院应当责令说明理由,拒不说明或者理由不能成立的,法院可以不采纳该证据,或者采纳证据后予以训诫、罚款。具体如下:(1)当事人故意或者重大过失逾期提供证据,法院不予采纳该证据;(2)当事人故意或者重大过失逾期提供证据,但该证据与案件基本事实相关的,法院应当采纳该证据后对当事人予以训诫、罚款;(3)当事人不是故意或者重大过失逾期提供证据的,法院应当采纳证据后予以训诫;(4)当事人逾期提供证据是因为客观原因或者对方当事人没有提出异议的,视为未逾期(即应当采纳该证据,且无需对当事人予以训诫、罚款)。结合题目,王某在二审中提供收条,显然属于逾期提供证据,且其理由是“一审期间未找到收条”,显然并非故意或者重大过失,根据前述分析,当事人不是故意或者重大过失逾期提供证据的,法院应当采纳证据后予以训

减，故本题选择 B 选项。

2. 证据收据：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、原件或复印件以及收到时间等，并由经办人员签名或盖章。

二、法院调查收集证据

1. 法院依职权调查收集证据

(1) 情形：①涉及可能损害国家利益、社会公共利益的；②涉及身份关系的；③涉及公益诉讼的；④当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的；⑤涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。

除上述情形外，法院调查收集证据，应当依照当事人的申请进行。

[总结] 以上证据主要在于三类：一是涉及国家利益、社会公共利益以及第三人利益的事实；二是涉及身份关系的事实；三是程序性事实。

[理解] 基于当事人平等原则、处分原则、（约束性）辩论原则，证据应当由当事人提出或者由法院依当事人申请调查收集。法院依职权调查收集证据应当严格限制，否则将侵犯当事人对自身权益的处分，破坏司法的中立性。故法院依职权调查收集证据受到严格限制，仅限于如下三种情形：一是基于国家、社会、第三人利益不允许当事人处分，法院基于保护国家、社会、第三人利益的职责可依职权调查收集相关证据，二是基于身份关系不允许当事人处分，法院必须依法查明；三是基于法院指挥诉讼程序的职责，法院可依职权查明指挥诉讼程序的相关事实。

[思考] “除法律规定情形外，人民法院调查收集证据应当依照当事人申请进行”体现了民事诉讼的什么原则？

[分析] 体现的是（约束性）辩论原则。辩论原则要求法院裁判受到当事人主张的事实约束，当事人未加以主张的事实不得成为法院裁判依据，法院应受当事人自认事实约束，一般不允许法院依职权调查收集证据，即辩论原则主要指法院在事实和证据层面要受当事人的主张约束。

(2) 法院依职权调查收集的证据无需质证，由审判人员对调查收集证据的情况进行说明后，听取当事人意见。

2. 依申请调查收集的证据

(1) 情形：当事人因为客观原因无法自行调查收集的证据，可以申请法院调查收集。

①该证据属于国家有关部门保存并须经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；

③当事人及诉讼代理人因客观原因无法自行收集的证据材料。

(2) 申请程序：当事人在举证期限内向法院提出书面申请。

(3) 质证方式：审判人员对调查收集证据的情况进行说明后，由提出申请的一方当事人与对方当事人、申请人进行质证。

真题示例

[例 1] 关于民事诉讼中的证据收集，下列哪些选项是正确的？（2008 年·卷三·90 题）

A. 在王某诉齐某合同纠纷一案中，该合同可能存在损害第三人利益的事实，在此情况下法院可以主动收集证据

B. 在胡某诉黄某侵权一案中，因客观原因胡某未能提供一项关键证据，在此情况下胡某可以申请法院收集证据

C. 在周某诉贺某借款纠纷一案中，周某因自己没有时间收集证据，于是申请法院调

查收集证据，在此情况下法院应当调查收集

D. 在武某诉赵某一案中，武某申请法院调查收集证据，但未经法院准许，武某可以向受案法院申请复议一次

【分析与思路】 本题考查法院调查收集证据，分为依职权调查收集证据和依申请调查收集证据。法院依职权调查收集证据限于：（1）涉及可能损害国家利益、社会公共利益的；（2）涉及身份关系的；（3）涉及公益诉讼的；（4）当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的；（5）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。而法院依申请调查收集证据限于当事人因客观原因无法自行调查收集的证据。综上，A 选项中涉及第三人利益，属于法院依职权调查收集证据的范围，法院可以主动调查收集证据，表述正确；B 选项中客观原因无法调查收集的，可以申请法院调查收集，表述正确；C 选项中没有时间收集不属于客观理由，不符合申请法院调查收集证据的情形，不能申请法院调取，表述错误。D 选项值得注意的是原 2002 年《证据规定》规定当事人对法院不予准许调查收集证据的通知不服的，可以申请复议一次。但是该规定已为 2019 年《证据规定》删除，故根据 2019 年《证据规定》，对于法院不予准许调查收集证据的通知，当事人不能申请复议，故 D 选项表述错误。综上所述，本题答案为 AB。

【答案变更说明】 本题原答案为 ABD。根据 2019 年《证据规定》，答案应当修改为 AB。

【例 2】 关于法院依职权调查事项的范围，下列哪些选项是正确的？（2012 年·卷三·83 题）

- A. 本院是否享有对起诉至本院案件的管辖权
- B. 委托诉讼代理人的代理权限范围
- C. 当事人是否具有诉讼权利能力
- D. 合议庭成员是否存在回避的法定事由

【分析与思路】 本题四个选项都有法律依据，但比较零散，不建议适用法条依据解答本题。结合法院调查取证这一知识点，我们可以知道法院可以主动依职权调查收集的证据包括：（1）涉及可能损害国家利益、社会公共利益的；（2）涉及身份关系的；（3）涉及公益诉讼的；（4）当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的；（5）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。以上五项法院依职权调查收集的证据可以分为以下三大类：一类是涉及身份关系事实，法院必须如实查明，第二类是涉及国家、社会、第三人利益的事实，法院基于保护国家、社会、第三人利益的职责，法院必须如实查明，第三类是程序性事实，法院基于依法行使指挥诉讼程序的职责，法院必须如实查明。但除此之外其他涉及当事人实体权利义务的事实则基

于当事人的处分权以及司法的被动性，法院不应主动调查。所以本题中，A、B、C、D 四个选项均为程序性事实，不涉及当事人实体权利义务，法院可以依职权调查。

综上所述，本题答案为 ABCD。

三、质证（2015 年《民诉解释》第 103 条、2019 年《证据规定》第 60 条）

证据应当在法庭上出示，由当事人互相质证。未经当事人质证的证据，不得作为认定案件事实的根据。

涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私或者法律规定应当保密的证据，不得公开质证。

当事人在审理前的准备阶段或者法院调查、询问过程中发表过质证意见的证据，视为质证过的证据。

理解与适用

此处可能有同学将公开质证和公开审理制度混淆，认为涉及商业秘密的案件属于经申请不公开审理，而为何此处规定为依职权不公开质证。

需要说明的问题是，公开审理与公开质证是两个问题，并无必然关系。如一个涉及商业秘密的案件，当事人未申请不公开审理，法院即对案件进行公开审理，在公开审理过程中，如果一份需要质证的证据涉及商业秘密，依法不能在公开开庭时质证，此时法官要求旁听人员退庭后对证据再进行质证即可。

总结与归纳

庭前证据交换的效力

1. 证人在审理案件前的准备阶段或者法院调查、询问等双方当事人到场时陈述证言的，视为出庭作证。

2. 当事人在审理前的准备阶段或者法院调查、询问过程中发表过质证意见的证据，视为质证过的证据。

真题示例

高某诉张某合同纠纷案，终审高某败诉。高某向检察院反映，其在一审中提交了偷录双方谈判过程的录音带，其中有张某承认货物存在严重质量问题的陈述，足以推翻原判，但法院从未组织质证。对此，检察院提起抗诉。关于再审程序中证据的表述，下列哪些选项是正确的？（2013年·卷三·85题）

- A. 再审质证应当由高某、张某和检察院共同进行
- B. 该录音带属于电子数据，高某应当提交证据原件进行质证
- C. 虽然该录音带系高某偷录，但仍可作为质证对象
- D. 如再审法院认定该录音带涉及商业秘密，应当依职权决定不公开质证

[分析与思路] 本题考查证据和证明，A选项中质证的主体是当事人，检察院不是质证的主体；B选项中录音带属于视听资料而不是电子数据，该选项错误；C选项，偷录并非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，偷录的录音带可以作为证据使用，可以作为质证对象；D选项中涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的证据不得在公开开庭时质证，法院应当依职权决定不公开质证。综上所述，本题答案为CD。

四、证据的认定

1. 非法证据排除：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。（2015年《民诉解释》第106条）

考点提示

偷拍、偷录不是法律禁止的方法，故偷拍、偷录形成的证据一般不是非法证据，可以作为定案根据。

真题示例

巨星公司开发的软件屡遭盗版，遂派公司人员假扮消费者与盗版商磋商，请公证处人员手机秘密拍摄磋商全过程，公证处制作公证书，巨星公司据此向法院起诉索赔，关于公证书的说法正确的是？（2019年金题）

- A. 假扮消费者有违公平原则，有损经济秩序，该公证书应当排除

- B. 公证处只应当公正合法法律行为, 该公证书有瑕疵, 应当排除
- C. 该公证书是原始证据
- D. 该公证书是书证

[分析与思路] 本题考查证据, 主要涉及到民事诉讼中的非法证据排除规则, 在民事诉讼中非法证据排除规则只能排除“严重侵犯他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗方法形成或者获取的证据”, 本题中巨星公司派出工作人员假扮消费者与盗版商磋商并秘密拍摄磋商过程的行为并未严重侵犯他人合法权益, 并没有被法律所禁止, 且未严重违反公序良俗, 所以该秘密拍摄的录音录像不属于非法方式收集的证据。公证处制作的公证书是对该取证行为以及所取得的录音录像这一证据进行监督和确认, 属于传来证据, 故 C 选项错误。根据前述分析, 巨星公司假扮消费者与盗版商进行磋商、秘密录像等方式并不属于非法收集证据, 故该公证书所公正的录音录像内容以及取证过程也并不属于非法证据, 无需排除, 故 A、B 选项错误。公证书通过其记载的内容和表达的思想证明案件事实, 属于书证, 故 D 选项正确。综上所述, 本题答案为 D。

[命题思路与常见错误分析] 本题破题要领在于偷拍偷录本身并不是违反法律禁止性规定的取证方法, 而公证书是对该取证过程和取得的录音录像这一证据的监督和确认, 属于传来证据。从而一举排除 ABC 选项。

[案例拓展] 本题源于“北大方正公司诉高术天力公司计算机软件著作权侵权纠纷”一案。该案中北大方正公司派员工假冒消费者与高术天力公司磋商, 购买安装盗版软件, 并申请北京国信公证处对该取证过程进行公证, 出具了公证书。在本案中关于该取证行为以及公证书的效力问题成为本案一个争议焦点, 最高人民法院再审认为:

1. 北大方正公司通过公证取证方式, 不仅取得了高术天力公司现场安装盗版方正软件的证据, 而且获取了其向其他客户销售盗版软件, 实施同类侵权行为的证据和证据线索, 其目的并无不正当性, 其行为并未损害社会公共利益和他人合法权益, 也未损害被告的合法权益, 不属于非法方式收集证据;

2. 根据《民事诉讼法》第 69 条规定, 经过公证程序证明的法律事实, 除有相反证据足以推翻的外, 人民法院应当作为认定事实的根据。高术天力公司安装盗版方正软件是本案公证证明的事实, 因高术天力公司无相反证据足以推翻, 对于该事实的真实性应予认定。

2. 不得单独作为认定事实的证据:

- (1) 当事人的陈述;
- (2) 无、限制民事行为能力人所作的与其年龄、智力或者精神健康状况不相称的证言;
- (3) 与一方当事人或者其代理人由利害关系的证人陈述的证言;
- (4) 存在疑点的视听资料、电子数据;
- (5) 无法与原件核对的复印件、复制品。

考点提示

1. 这些证据是可以作为证据使用的, 只是其证明力较弱, 不能单独作为认定事实的证据, 只有通过其他证据在证明力上对其予以补强后才能据此认定事实。

2. 不能认为这些证据都是间接证据。因为间接证据是指在内容上只能证明部分待证事实, 需要其他证据在内容上加以补充才能证明完整待证事实的证据。而此处是因为证明力较小, 而不能单独作为认定事实的依据, 需要其他证据在证明力上予以补强。

环召楼前

民事诉讼法·真金题卷

专题九－证据

专题十－证明

环召楼前

除非不能正确表达，如因特殊原因不能出庭的，应当提出书面意见，故 A 选项错误。D 选项考查涉外诉讼中委托中国律师进行诉讼原则，该原则仅仅禁止外国律师以律师身份担任代理人，但并不

阻碍外国公民以非律师身份担任诉讼代理人，珍妮完全可以委托自己的近亲属（外国人）为诉讼代理人，故 D 选项表述错误。综上，本题答案为 B。

专题九 证据

考点必背

证据的种类：

物证指用其外在形态、痕迹等物理特征证明待证事实的证据。

书证指用其记载的内容、表达的思想证明待证事实的证据。

视听资料用其记载的内容证明案件事实，但与书证不同的是该内容的形成与读取需要借助录音、录像、拍照等设备，并且需要借助播放设备读取其内容。

电子数据指包括电子邮件、网页访问记录、数据电文等方式表现的证据。同时，司法解释明确，储存在电子介质中的录音资料和影像资料视为电子数据。即电子数据与视听资料的本质区别在于其储存在电子介质中，可以实现精确复制，且可以在虚拟空间内进行快速传输，并且极易实现剪辑、修改，如数码照片、数码录音、数码录像等。电子数据的制作人制作的与原件一致的副本，或者直接来源于电子数据的打印件或其他可以显示、识别的输出介质，视为电子数据的原件。

关于书证，注意三个与之相关的证据规则（关于书证的规则适用于视听资料和电子数据）：

（1）公文书证规则，即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内容推定为真实，但有相反证据足以推翻的除外；

（2）最佳证据规则，即书证的原件为最佳证据，书证应当提供原件，只有提交原件有困难的，可以提交复印件，人民法院结合其他证据和案件审理情况，审查判断该书证复印件能否作为定案根据；

（3）文书提出命令，书证在对方当事人控制之下的，承担证明责任的一方当事人可以申请法院责令对方当事人提交。后果：

①经责令，控制书证的当事人无正当理由拒不提交书证，法院可以认定申请人主张的书证内容为真实；

②控制书证的当事人以妨碍对方使用为目的毁灭或者实施其他导致书证无法使用行为的，法院可以认定申请人主张以该书证证明的事实为真实，且可以追究其妨碍诉讼的责任。

证人证言：

（1）证人资格，要求满足知道案件事实以及能够正确表达两个条件。注意两点：一是未成年人、精神病人能否做证人的问题——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、限制民事行为能力人可以作为证人。二是证人不适用回避制度，与当事人有利害关系的人可以作为证人，只不过其证明力较小，不能单独作为认定案件事实的依据（即需要与其他证据相结合，补强其证明力）。

（2）证人出庭：证人出庭应当由当事人在举证期限届满前申请，或者其证言属于法院依职权调查收集的证据的，可以由法院依职权通知；未经法院通知，证人不得出庭作证，但双方当事人同意并经法院准许的除外。证人应当出庭作证，双方当事人同意证人以其他方式作证，并经法院准许的，证人可以不出庭作证。无正当理由未出庭作证的证人以书面形式提供的证言，不得作为定案根据。证人出庭作证的费用由败诉方当事人承担。

(3) 证人作证：法院应当要求证人签署保证书，并当庭宣读保证书内容。但无、限制民事行为能力人除外；证人应当客观陈述其亲身感受的事实，作证时不得使用猜测、推断或者评论性语言；证人作证前不得旁听庭审，作证时不得以宣读事先准备的书面材料的方式陈述证言；证人应当就其作证的事项进行连续陈述；审判人员可以对证人进行询问，当事人及代理人经审判人员许可后可以询问证人；询问证人时其他证人不得在场，法院认为有必要时，可以要求证人之间对质。

鉴定意见：

(1) 鉴定的启动方式包括法院依职权决定或者当事人申请鉴定。鉴定开始之前，法院应当要求鉴定人签署承诺书，并组织当事人对鉴定材料进行质证。未经质证的材料，不得作为鉴定的根据。鉴定人应当在法院确定的期限内完成鉴定，并提交鉴定书。鉴定人无正当理由未按期提交鉴定书的，当事人可以申请法院另行委托鉴定人鉴定，法院准许的，原鉴定人应当退还已收取的鉴定费用。鉴定意见书由鉴定人签名、盖章，并附鉴定人的相应资格证明；委托机构进行鉴定的，鉴定书应当由鉴定机构盖章，并由从事鉴定的人员签名。多名鉴定人对同一问题进行鉴定，出现不同意见的，应当如实注明。

(2) 鉴定人出庭：当事人对鉴定意见有异议或者法院认为鉴定人应当出庭的，鉴定人应当出庭。具体程序如下——法院收到鉴定人提交的鉴定意见书应当将副本送达双方当事人。当事人对鉴定书的内容有异议的，应当在指定期间内提出书面异议。对于当事人的书面异议，法院应当要求鉴定人作出解释、说明或者补充。法院认为有必要的，可以要求鉴定人对当事人未提出异议的内容进行解释、说明或者补充。当事人在收到鉴定人的书面答复后仍有异议的，法院应当通知有异议的当事人预交鉴定人出庭费用，并通知鉴定人出庭。鉴定人出庭费用由败诉方当事人负担。因鉴定意见不明确或者有瑕疵需要鉴定人出庭的，出庭费用由其自行承担。经法院通知，鉴定人拒不出庭的，将产生如下后果：①鉴定意见不得作为认定案件事实的依据；②支付鉴定费用的当事人要求退还鉴定费用的，法院应当裁定责令鉴定人退还；③建议有关主管部门或者组织对拒不出庭作证的鉴定人进行处罚。

(3) 有专门知识的人出庭：有专门知识的人出庭的作用在于对鉴定意见提出意见或者对专门问题提出意见，即有专门知识的人出庭是为了帮当事人质证或者帮当事人陈述。故其出庭只能依当事人申请后由法院通知，其出庭费用由申请方自行承担，且有专门知识的人不适用回避制度。

证据的理论分类：

原始证据 VS 传来证据：原始证据指直接来源于案件事实的证据，而传来证据指并非直接来源于案件事实，而是经过复制、转述所取得的证据；

直接证据 VS 间接证据：直接证据在内容上能完整地证明案件主要事实；而间接证据在内容上只能证明待证事实的一个部分、一个片段，需要其他证据在内容上对其进行补充才能证明案件事实。

本证 VS 反证：本证指由对该待证事实承担证明责任的人提出的证据，而反证指由对该待证事实不承担证明责任的人提出的证据。

1. 张某驾车与李某发生碰撞，交警赶到现场后用数码相机拍摄了碰撞情况，后李某提起诉讼，要求张某赔偿损失，并向法院提交了一张光盘，内附交警拍摄的照片。该照片属于下列哪一种证据？（2014-3-48，单）

- A. 书证
- B. 鉴定意见
- C. 勘验笔录
- D. 电子数据

【分析与思路】 本题考查证据的种类。首先，书证和电子数据均是通过其记载的内容证明案件事实，但是关键区别在于载体不同。书证一般是

通过原始的记录方式，如书写、刻画、印刷等，其内容很直观，而电子数据则是现代计算机科学技术发展的产物，其是通过电子信号等方式储存在计算机等电子设备之中，其形成、储存和读取均需要借助电子设备。而题目中反复强调数码相机、光盘等信息，可见该照片的读取需要借助电子设备，其为电子数据，并非书证。鉴定意见需要由鉴定人出具，并且要具有“鉴定意见书”的形式，B选项显然错误。勘验笔录是勘验人员制作的，对勘验过程和结果的客观记录，所以勘验

笔录这一证据种类对制作的主体（勘验人员）和记载的内容（勘验过程和结果）是有要求的。综上所述，本案储存在光盘中的照片为电子数据，本题答案为D。

【命题思路与常见错误分析】 本题有同学可能存在如下两个疑问，一是交警拍摄的现场照片为什么不是勘验笔录，值得注意的是，勘验笔录的制作主体一定是司法工作人员，在民事诉讼中，交警不是司法工作人员，只有法院的法官、勘验人员等去现场勘验所制作的笔录、现场绘图、现场照片等才是勘验笔录。二是电子数据和视听资料的区别，详述如下：

技术流：视听资料 VS. 电子数据

2015年《民诉解释》第116条规定，储存在电子介质中的录音资料和影像资料视为电子数据。

如传统的相机、摄像机、录音机所拍摄、录制的胶片、录音带、录像带为视听资料，而现代电子技术产生之后，数码相机、数码摄像机、数码录音笔所拍摄、录制的内容往往是储存在储存卡、U盘、移动硬盘等电子介质中，且与传统视听资料只能在物理空间传播不同的是，其可以实现精确复制，可以在虚拟空间中无限快速传播^①，并且极易实现剪辑、修改。

故同样是照片、录音、录像等，如果是通过胶片、录音带、录像带的方式储存的，是视听资料，而如果是产生或者储存于数码相机、数码摄像机、U盘等媒介中，则为电子数据。

2. 哥哥王文诉弟弟王武遗产继承一案，王文向法院提交了一份其父生前关于遗产分配方案的遗嘱复印件，遗嘱中有“本遗嘱的原件由王武负责保管”字样，并有王武的签名。王文在举证责任期间书面申请法院责令王武提交遗嘱原件，法院通知王武提交，但王武无正当理由拒绝提交。在此情况下，依据相关规定，下列哪些行为是合法的？（改编，2016-3-80，多）

- A. 王文可只向法院提交遗嘱的复印件
- B. 法院可依法对王武进行拘留
- C. 法院可认定王文所主张的遗嘱内容为真实
- D. 法院可根据王武的行为而判决支持王文的各项诉讼请求

【分析与思路】 本题考查书证的两个规则，一是最佳证据规则，二是文书提出命令。首先，关于最佳证据规则，书证应当提交原件，但提交原件或者原物有困难的，可以提交复印件、副本。

故本案中遗嘱（书证）原件由王武保存，王文提交原件确有困难，可以提供复印件，A选项表述正确。其次，关于文书提出命令。书证在对方当事人控制之下的，承担证明责任的当事人可以在举证期限届满前书面申请法院责令对方当事人提交。申请理由成立的，法院应当责令对方当事人提交，对方当事人无正当理由拒不提交的，人民法院可以认定申请人所主张的书证内容为真实。如果书证持有人以妨碍对方当事人使用为目的，毁灭书证或者实施其他致使书证不能使用行为的，法院可以认定申请人主张以该书证证明的事实为真实，同时可以对其处以罚款、拘留。结合2019年《证据规定》48条分析本案，有证据证明王武持有遗嘱原件（复印件中有“本遗嘱原件由王武保存”并有王武签名），王文在举证期限内申请法院责令王武提交，王武无正当理由拒不提交，法院可以认定王文所主张的遗嘱内容为真实，故C选项表述正确。当然，王武无正当理由拒不提供遗嘱原件，法院可以认定王文所主张的遗嘱内容为真实，但并不意味着应当支持王文的全部诉讼请求，故D选项错误。题目仅提及王武经责令拒不提交遗嘱原件，并未提及王武有毁灭证据等行为，故不能对其处以罚款、拘留等，故B表述错误。综上所述，本题答案为AC。

【题目变更说明】 本题C选项原为“法院可认定王文所主张的该遗嘱能证明的事实为真实”。但根据2019年《证据规定》48条，严格区分了认定“申请人所主张的书证内容为真实”与认定“申请人主张以该书证证明的事实为真实”：

书证持有人无正当理由拒不提交书证，法院应当认定申请人所主张的书证内容为真实；

书证持有人毁灭书证，法院应当认定申请人主张以该书证证明的事实为真实。

本案中，申请人仅仅是无正当理由拒不提供书证，故法院应当认定申请人主张的书证内容为真实，故为了严谨起见，将C选项予以修改。

3. 叶某诉汪某借款纠纷案，叶某向法院提交了一份内容为汪某向叶某借款3万元并收到该3万元的借条复印件，上有“本借条原件由汪某保管，借条复印件与借条原件具有同等效力”字样，并有汪某的署名。法院据此要求汪某提供借条原件，汪某以证明责任在原告为由拒不提供，后又称找不到借条原件。证人刘某作证称，他是汪某向叶

^① 参见何家弘主编：《电子证据法研究》，法律出版社2002年版，第14~16页。

某借款的中间人,汪某向叶某借款的事实确实存在;另外,汪某还告诉刘某,他在叶某起诉之后把借条原件烧毁,汪某在法院质证中也予以承认。在此情况下,下列哪些选项是正确的?(2017-3-80,多)

- A. 法院可根据叶某提交的借条复印件,结合刘某的证言对案涉借款事实进行审查判断
- B. 叶某提交给法院的借条复印件是案涉借款事实的传来证据
- C. 法院可认定汪某向叶某借款3万元的事实
- D. 法院可对汪某进行罚款、拘留

【分析与思路】 本题主要考查最佳证据规则和文书提出命令。关于A选项,根据最佳证据规则,书证应当提交原件,提交原件确有困难可以提交复印件,人民法院应当结合其他证据和案件审理情况审查判断该复印件能否作为定案根据。本案借条原件由汪某保管,故原告叶某提供该证据原件有困难,可以提交复印件,法院结合其他证据和案件审理情况审查判断该复印件能否作为定案根据,故A选项表述正确。B选项考查原始证据和传来证据的区分,借条经过复制后形成复印件当然为传来证据,表述正确。根据文书提出命令的规定,书证在对方当事人控制之下的,承担举证证明责任的当事人可以在举证期限届满前书面申请法院责令对方当事人提交,对方当事人无正当理由拒不提交的,法院可以认定申请人主张的书证内容为真实;持有书证的当事人以妨碍对方使用为目的,毁灭有关书证或者实施其他致使书证不能使用行为的,法院可以认定申请人主张以该书证证明的事实为真实,同时可以对其处以罚款、拘留。本案有证据证明汪某持有借条原件这一书证(复印件上有汪某签名确认该事实),叶某申请法院责令汪某提供该借条,经责令,汪某无正当理由拒不提供,并且证人刘某证实汪某将借条烧毁,故法院可以认定申请人主张以该书证证明的事实为真实,即认定申请人叶某主张以该借条证明的借款事实为真实,同时可以对汪某处以罚款、拘留。故C、D选项正确。综上所述,本题答案为ABCD。

4. 张志军与邻居王昌因琐事发生争吵并相互殴打,之后,张志军诉至法院要求王昌赔偿医药费等损失共计3000元。在举证期限届满前,张志军向法院申请事发时在场的方强(26岁)、路芳(30岁)、蒋勇(13岁)出庭作证,法院准其请求。开庭时,法院要求上列证人签署保证书,方强签署了保证书,路芳拒签保证书,蒋勇未签署

保证书。法院因此允许方强、蒋勇出庭作证,未允许路芳出庭作证。张志军在开庭时向法院提供了路芳的书面证言,法院对该证言不同意组织质证。关于本案,法院的下列哪些做法是合法的?(2015-3-79,多)

- A. 批准张志军要求事发时在场人员出庭作证的申请
- B. 允许蒋勇出庭作证
- C. 不允许路芳出庭作证
- D. 对路芳的证言不同意组织质证

【分析与思路】 本题考查证人作证,重点考查2015年《民诉解释》和2019年《证据规定》规定的证人如实作证保证书。首先,关于申请证人出庭的程序,2015年《民诉解释》第117条规定,应当由当事人在举证期限届满前申请或者该证言属于人民法院依职权调查收集的证据的也可以由人民法院依职权通知。本案中张志军在举证期限届满前申请证人出庭,符合司法解释规定条件,法院予以准许的做法合法,A选项正确。关于如实作证保证书,法院应当要求证人签署并当庭宣读如实作证保证书,但无、限制民事行为能力人除外。证人拒绝签署并宣读保证书的,不得作证,并自行承担相关费用。证人方强应当签署保证书,其签署保证书后法院应当允许其出庭作证。蒋勇是限制民事行为能力人,不需要签署保证书,同时,其虽为未成年人,但能够正确表达意思,待证事实与其年龄、智力状况相符,故其具有证人资格,法院允许其出庭作证的做法正确,B选项正确。路芳应当签署保证书,其拒不签署保证书,不得作证,故法院不允许路芳作证的做法正确,C选项正确;同时根据2019年《证据规定》无正当理由未出庭的证人以书面等方式提供的证言,不得作为认定案件事实的根据,故法院对路芳提供的书面证言不组织质证的做法正确,D选项表述正确。综上,本题答案为ABCD。

总结与归纳: 如实作证保证书问题

- (1) 完全民事行为能力人,应当签署并宣读保证书,拒绝签署保证书的,不能作证。
- (2) 无、限制民事行为能力人,不需要签署保证书,只要能够正确表达意思,不签署保证书也能作证。

5. 根据证据理论和《民事诉讼法》以及相关司法解释,关于证人证言,下列哪些选项是正确的?(改编,2011-3-83,多)

- A. 限制行为能力的未成年人可以附条件地作

为证人

B. 证人因出庭作证而支出的合理费用, 由提供证人的一方当事人承担

C. 证人在法院组织双方当事人交换证据时出席陈述证言的, 可视为出庭作证

D. “无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所作的与其年龄、智力状况或者精神健康状况不相称的证言不能单独作为定案根据”, 是关于证人证言证明力的规定

[分析与思路] 凡是了解案件情况的人可以作为证人, 不能正确表达意思的人不能作为证人, 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、限制民事行为能力人可以作为证人。所以无、限制民事行为能力人能否作为证人不能一概而论, 待证事实与其年龄、智力、精神状况相适应就可以作为证人, 所 A 选项正确。证人出庭作证费用应该由败诉方当事人承担, B 选项表述错误; 根据 2019 年《证据规定》, 证人在审理案件前的准备阶段或者法院调查、询问等双方当事人在场时陈述证言的, 视为出庭作证。故在证据交换中出席陈述证言的, 可以视为出庭作证, C 选项表述正确; “无、限制民事行为能力人所作的与其年龄、智力状况或者精神状况不相称的证言不能单独作为定案根据” 是因为该证言证明力小, 故不能单独定案, 需要其他证据对其证明力予以补强, 故该规定是关于证人证言证明力的规定, D 选项表述正确。

综上所述, 本题答案为 ACD。

[题目变更说明] D 选项原为 “‘未成年人所作的与其年龄和智力状况不相称的证言不能单独作为认定案件事实的依据’, 是关于证人证言证明力的规定”, “未成年人所作的与其年龄和智力状况不相称的证言不能单独作为认定案件事实的依据” 是 2002 年《证据规定》的表述, 在 2019 年《证据规定》中将该表述改为 “无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所作的与其年龄、智力状况或者精神健康状况不相称的证言不能单独作为定案根据”, 为了准确起见, 将原题目的 D 选项的表述予以调整。

6. 关于证人的表述, 下列哪一选项是正确的? (2008-3-45, 多)

A. 王某是未成年人, 因此, 王某没有证人资格, 不能作为证人

B. 原告如果要在诉讼中申请证人出庭作证, 应当在举证期限届满前提出, 并经法院许可

C. 甲公司的诉讼代理人乙律师是目击案件情

况发生的人, 对方当事人丙可以向法院申请乙作为证人出庭作证, 如法院准许, 则乙不得再作为甲公司的诉讼代理人

D. 李某在法庭上宣读未到庭的证人的书面证言, 该书面证言能够代替证人出庭作证

[分析与思路] A 选项中对未成年人和精神病人的证人资格问题不能一概而论, 关键看能否正确表达, 待证事实与其年龄、智力、精神状况相适应的无、限制民事行为能力人可以作为证人, 故 A 选项表述错误; 根据 2015 年《民诉解释》第 119 条规定, 申请证人出庭作证应当在举证期限届满前提出, 并经人民法院许可, 当然, 如果该证言属于人民法院依职权收集证据的范围, 法院可以依职权通知证人出庭作证, 所以 B 选项正确; C 选项证人不能与其他诉讼角色混同, 否则会影响证人证言的真实性, 而证人与其他诉讼角色冲突后, 证人具有优先性, 原因在于证人具有不可替代性, 所以乙优先作证人, 并不得再担任诉讼代理人, 表述正确; D 选项中, 证人应当出庭作证, 无正当理由未出庭的证人以书面等方式提供的证言, 不得作为认定案件事实的根据, 故书面证言不能取代证人出庭, 表述错误。综上所述, 本题答案为 BC。

[答案变更说明] 2002 年《证据规定》明确规定申请证人出庭应当不得迟于举证期限届满 10 日前, 故 2008 年考试时根据该规定, 认为 B 选项错误。但 2002 年《证据规定》已经废止, 而 2015 年《民诉解释》和 2019 年《证据规定》均规定申请证人出庭作证应当在举证期限届满前提出, 根据现行司法解释的规定, B 选项正确, 故对答案予以更正。

7. 杨青 (15 岁) 与何翔 (14 岁) 两人经常嬉戏打闹, 一次, 杨青失手将何翔推倒, 致何翔成了植物人。当时在场的还有何翔的弟弟何军 (11 岁)。法院审理时, 何军以证人身份出庭。关于何军作证, 下列哪些说法不能成立? (2017-3-79, 多)

A. 何军只有 11 岁, 无诉讼行为能力, 不具有证人资格, 故不可作为证人

B. 何军是何翔的弟弟, 应回避

C. 何军作为未成年人, 其所有证言依法都不具有证明力

D. 何军作为何翔的弟弟, 证言具有明显的倾向性, 其证言不能单独作为认定案件事实的根据

[分析与思路] 本题综合考查证人资格和证人证言的证明力问题。题目提及证人何军 11 岁, 且

是原告何翔的弟弟,可见题目考查无、限制民事行为能力人以及与案件有利害关系的人能否作为证人的问题。

2019年《证据规定》67条,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、限制民事行为能力人可以作为证人。何军11岁,待证的侵权事实与其年龄、智力状况相适应,可以作为证人,故A选项错误。同时,该规定第90条规定,无、限制民事行为能力人所作的与其年龄、智力状况或者精神健康状况不相称的证言不得单独作为定案的根据。可见一方面如果未成年人、精神病人所作的与其年龄、智力相当的证言是依法具有完全的证明力的,另一方面就算未成年人、精神病人所作的与其年龄、智力不相称的证言也是具有证明力的,只是其证明力较小,不能单独作为定案根据,需要其他证据补强其证明力而已。故C选项表述错误。

关于与案件有利害关系的人能否作为证人问题。首先因为证人具有不可替代性,所以证人不适用回避制度,B选项错误。同时根据2019年《证据规定》90条规定,与一方当事人或者其他代理人有利害关系的证人出具的证言不得单独作为认定案件事实的根据,即证人与当事人或代理人有利害关系,其证言依然具有证明力,但其证明力较小,不能单独定案,需要别的证据补强其证明力方能定案,故D选项表述正确。

综上所述,本题答案为ABC。

考点补充:

2019年《证据规定》关于证据证明力的规定,该规定第90条规定,下列证据不得单独作为认定案件事实的根据:

- (1) 当事人陈述;
- (2) 无、限制民事行为能力人所做的与其年龄、智力状况或者精神健康状况不相称的证言;
- (3) 与一方当事人或者代理人有利害关系的证人陈述的证言;
- (4) 存在疑点的视听资料、电子数据;
- (5) 无法与原件核对的复印件、复制品。

8. 甲公司诉乙公司专利侵权,乙公司是否侵权成为焦点。经法院委托,丙鉴定中心出具了鉴定意见书,认定侵权。乙公司收到鉴定意见书后提出异议,法院要求鉴定人书面补充、说明后,乙公司仍有异议,并申请某大学燕教授出庭说明专业意见。关于鉴定的说法,下列哪一选项是正确

的?(改编,2013-3-50,单)

- A. 丙鉴定中心在鉴定过程中可以询问当事人
- B. 丙鉴定中心应当派员出庭,但有正当理由不能出庭的除外
- C. 如果燕教授出庭,其诉讼地位是鉴定人
- D. 燕教授出庭费用由乙公司垫付,最终由败诉方承担

[分析与思路] 本题考鉴定。鉴定人有权了解进行鉴定所需要的案件材料,在鉴定过程中可以询问当事人、证人,所以A选项正确。关于鉴定人出庭,根据《民事诉讼法》规定,当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人应当出庭的,鉴定人应当出庭。同时2019年《证据规定》细化了鉴定人出庭的程序:当事人对鉴定意见有异议的,法院应当要求鉴定人予以解释、说明、补充,法院认为有必要的,可以要求鉴定人对当事人未提出异议的内容进行解释、说明、补充。当事人对鉴定人的书面答复仍有异议的,法院应当通知鉴定人出庭。故本案中鉴定人应当出庭,经法院通知,鉴定人拒绝出庭的,鉴定意见不得作为认定案件事实的依据,支付鉴定费用的当事人有权要求返还鉴定费用,法院应当建议主管部门对拒不出庭的鉴定人进行处罚。据此,本案中当事人对鉴定意见有异议,鉴定人应当出庭,此处并不需要考虑有无正当理由,B选项错误。C选项,燕教授并不具有鉴定人的身份,其基于具有专门知识的人的身份出庭,不是鉴定人。D选项中燕教授作为一方当事人所请的有专门知识的人,其出庭费用应当由申请方负担,而不是败诉方,此处命题老师是在用证人出庭作证费用的负担问题混淆大家。

综上所述,本题答案为A。

[题目变更说明] 本题题干原为:“甲公司诉乙公司专利侵权,乙公司是否侵权成为焦点。经法院委托,丙鉴定中心出具了鉴定意见书,认定侵权。乙公司提出异议,并申请某大学燕教授出庭说明专业意见。”2019年《证据规定》完善了鉴定人出庭的程序,当事人对鉴定意见提出书面异议,法院应当要求鉴定人解释、说明、补充。当事人对鉴定人的书面答复仍有异议的,法院应当通知有异议的当事人预缴费用,并通知鉴定人出庭。即在鉴定人出庭问题上前置了一个书面答复程序,只有当事人对鉴定人的书面答复仍有异议的,才通知鉴定人出庭。故为了严谨起见,将题目中当事人的异议做了细化。

[命题思路与常见错误分析] 本题中BD选项

较具干扰性。《民事诉讼法》第78条规定，当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人应当出庭的，鉴定人应当出庭，经法院通知，鉴定人拒绝出庭的，鉴定意见不得作为认定案件事实的依据，支付鉴定费用的当事人有权要求返还鉴定费用。根据以上规定，只要符合当事人对鉴定意见有异议，或者法院认为鉴定人应当出庭两个情形之一，鉴定人就应当出庭，没有例外情况，所以B选项错误。D选项中有专门知识的人出庭的作用是对鉴定意见提出意见或者对专业问题提出意见，其本质上是帮助当事人对鉴定意见这一证据进行质证，或者帮助当事人对案件所涉专业问题进行陈述，所以该费用应当由申请方当事人承担。此处与证人出庭作证的费用不同，证人出庭作证应当是站在客观的立场上如实陈述，所以该费用属于诉讼必不可少的费用，应当由败诉方当事人承担。

总结与归纳一：有专门知识的人出庭

当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见。（《民事诉讼法》第79条）

（1）有专门知识的人出庭的作用是帮助当事人对鉴定意见发表质证意见或者帮助当事人对专业问题提出意见（视为当事人的陈述）。故：

①其出庭只能由当事人申请（举证期限届满前），不能由法院依职权通知；

②其出庭的费用由申请方承担，而不是由败诉方承担，与证人不同；

③不适用回避制度，与鉴定人不同。

（2）参与的庭审活动：审判人员可以对其询问，当事人经法庭准许可以对其询问；双方各自申请的有专门知识的人可以就案件专业问题对质。有专门知识的人不得参与对鉴定意见质证或者就专业问题发表意见之外的法庭审理活动。

总结与归纳二：诉讼中的费用问题

（1）诉讼费：败诉方当事人承担；

（2）证人出庭的费用：败诉方承担；

（3）鉴定人出庭费用：败诉方承担，但因鉴定意见不明确或者有瑕疵需要鉴定人出庭的，出庭费用由其自行承担。

（4）有专门知识的人出庭的费用：申请方承担。

规律总结：看收取该费用的人持什么立

场，如果收取费用的人持中立立场，则费用由败诉方承担；如收取费用的人持帮助一方当事人打另外一方当事人的立场，则由申请方承担。

9. 在一起侵权诉讼中，原告申请由其弟袁某（某大学计算机系教授）作为专家辅助人出庭对专业技术问题予以说明。下列哪一表述是正确的？（2014-3-38，多）

A. 被告以袁某是原告的近亲属为由申请其回避，法院应批准

B. 袁某在庭上的陈述是一种法定证据

C. 被告可对袁某进行询问

D. 袁某出庭的费用，由败诉方当事人承担

【分析与思路】 本题考查有专门知识的人出庭。《民事诉讼法》第79条规定：“当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见。”

B选项中涉及有专门知识的人的陈述的性质问题，根据2015年《民诉解释》第122条第2款“具有专门知识的人在法庭上就专业问题提出的意见，视为当事人的陈述”。将有专门知识的人在法庭上就专业问题提出的意见拟制为当事人的陈述，而当事人的陈述属于法定证据种类，故有专门知识的人的陈述也应当作为一种法定证据种类，故在2015年《民诉解释》的背景之下，有专门知识的人的陈述视为当事人陈述，是一种法定证据种类，故B选项正确。

关于A、D选项，有专门知识的人出庭的作用是帮助一方当事人对鉴定意见进行质证或者对专业问题发表意见，不需要秉持中立、客观立场，所以其不适用回避制度，且其出庭费用应当由申请方当事人承担，而不是败诉方当事人承担，所以A、D选项表述错误。

有专门知识的人出庭后，审判人员可以对其进行询问，当事人经法庭准许可以对有专门知识的人进行询问，当事人各自申请的有专门知识的人可以就案件中的有关问题进行对质。因此，被告可以对有专门知识的人袁某进行询问，C选项正确。

综上所述，本题答案为BC。

【命题思路与常见错误分析】 A和D选项中，既然有专门知识的人出庭的作用是帮助当事人对鉴定意见进行质证或者对专业问题发表意见，所以其作用是帮助一方当事人，所以其费用应当由申请方当事人承担。D选项是用证人出庭的费用

作为干扰，同时既然是帮助一方当事人，无需保持中立立场，故不适用回避制度，A选项是用鉴定人的规定进行干扰。

【答案变更说明】 本题原答案认为B选项错误，但在2015年《民诉解释》中规定“具有专门知识的人在法庭上就专业问题提出的意见，视为当事人的陈述”。此处属于法律拟制，将有专门知识的人就专业问题的陈述拟制为当事人陈述，故其应当作为一种法定证据种类。故根据2015年《民诉解释》，B选项应当认定为正确。同时在2015年1月生效的《环境公益诉讼解释》第15条第2款也明确“前款规定的专家意见经质证，可以作为认定事实的根据”。这也确定了专家意见经质证后具有证据资格。

10. 民事诉讼中下列哪种证据属于间接证据？（2006-3-47，单）

- A. 无法与原件、原物核对的复印件、复制品
- B. 无、限制民事行为能力人所作的与其年龄、智力状况或者精神健康状况不相符的证言
- C. 证明夫妻感情破裂的证据
- D. 与一方当事人或者代理人有利害关系的证人出具的证言

【分析与思路】 直接证据和间接证据只是看证据在内容上是否完整，与该证据的来源、证明力大小无关。在内容上能够完整证明待证事实的证据为直接证据，而在内容上只能证明待证事实一个部分、一个片段的证据为间接证据。本题中只有C选项是对内容的描述，而其他三项均不涉及证据的内容，只是从来源、证明力大小等方面进行描述，与直接证据和间接证据的分类无关。A选项中“无法与原件、原物核对的复印件、复制品”并未告知该证据的内容，故有可能内容完整，为直接证据，也有可能内容不完整，为间接证据，如一张无法与原件核对的借条的复印件，从其内容角度，可以完整地证明借款关系这一主要待证事实，为直接证据，但只是从其来源的角度而言是复印件，直接证据、间接证据的区分与来源无关；同时无法与原件核对的复印件、复制品不能单独作为定案根据，这是关于证明力大小的规定，该证据证明力小，不能单独定案，需要别的证据补强其证明力才能定案，而直接证据、间接证据的区分与证明力大小无关。B选项无、限制民事行为能力人所作的与其年龄、智力状况或者精神健康状况不相符的证言不能单独作为定案根据，即该证言的证明力小，不能单独定案，需要别的证据对其证明力进行补强。而直接、间接证

据的区分与证据的证明力大小无关，直接、间接证据的区分依据是证据内容的完整性，选项并未告知该证言的内容，故有可能内容完整，为直接证据，有可能内容不完整，为间接证据，所以B选项错误。D选项与一方当事人或代理人有利害关系的证人出具的证言不能单独作为认定案件事实的根据，即与当事人有利害关系的证人出具的证言证明力小，不能单独定案，需要其他证据对其证明力予以补强，而直接、间接证据的区分与证明力大小无关，如果该证言在内容上能够完整证明待证事实，依然是直接证据，所以D选项错误。C选项中，我们认为夫妻感情破裂一般来说只能通过各种各样的生活细节予以证明，几乎无法找到一项证据能够完整地证明夫妻感情破裂，每一份证据就只能证明夫妻感情破裂这一事实的一个部分、片段，所以我们认为它一般为间接证据。

综上所述，本题答案为C。

【命题思路与常见错误分析】 本题考查直接证据与间接证据的区分，直接证据与间接证据区分的标准是看证据在内容上的完整性，与证据的来源、证明力大小等问题无关，而ABD三个选项是通过证据的证明力、证据来源问题作为干扰信息。

本题的干扰选项来自于2019年《证据规定》第90条，下列证据不能单独作为认定案件事实的根据：（1）当事人的陈述；（2）无、限制民事行为能力人所作的与其年龄、智力状况或者精神健康状况不相符的证言；（3）与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人陈述的证言；（4）存有疑点的视听资料、电子数据；（5）无法与原件、原物核对的复印件、复制品。有同学认为既然间接证据的定义是“不能单独证明案件事实，需要与其他证据相结合才能证明案件事实”，而有同学看到“不能单独作为定案根据”的规定即理所当然地认为以上证据为间接证据。但殊不知，本条的规定是关于证明力的规定，即以上证据是因为证明力小而不能单独作为定案根据，需要其他证据在证明力上予以补强后才能作为定案根据。与间接证据无关，因为间接证据虽然不能单独定案，但其原因是因为间接证据所证明的内容不完整，需要其他证据在内容上予以补充才能完整证明案件事实。

技术流：

直接证据与间接证据的区分——内容的完整性，与来源、证明力大小等无关：

(1) 在内容上能够完整说明待证事实的, 为直接证据;

(2) 在内容上只能证明待证事实的一个部分或者片段的, 为间接证据。

深度拓展:

间接证据不能单独定案; 但不能单独定案的证据不一定是间接证据。

首先, 间接证据在内容上只能证明待证事实的一个部分、一个片段, 需要其他证据在内容上对其进行补充, 故间接证据不能单独定案;

其次, 一个证据不能单独定案的原因很多, 有可能是因为证明的内容不够完整, 需要别的证据在内容上予以补充, 此为间接证据; 同样也有可能是因为证明力较小, 需要其他证据在证明力上予以补强, 那此时与间接证据无关。

[题目变更说明] 本题 B 选项原为“无正当理由未出庭的证人提供的证言”。而根据 2019 年《证据规定》规定, 无正当理由未出庭的证人通过书面等方式提供的证言不得作为定案根据, 既然不是本案的证据, 故本题 B 选项就没有意义。为了保持本题考查角度不变, 将 B 选项予以改编。

■ II. 关于证据理论分类的表述, 下列哪一选项是正确的? (2009-3-40, 单)

- A. 传来证据有可能是直接证据
- B. 诉讼中原告提出的证据都是本证, 被告提出的证据都是反证
- C. 证人转述他人所见的案件事实都属于间接证据
- D. 一个客观与合法的间接证据可以单独作为认定案件事实的依据

[分析与思路] 传来证据和原始证据是从证据的来源上看的, 而直接证据和间接证据是从内容上看的, 分类标准不同, 当然可能出现交叉。举例, 一张借条的复印件, 由于是复印件, 当然是传来证据, 但不论是复印件还是原件, 从其内容上来说都能完整证明待证事实(借款), 是直接证据, 所以 A 选项正确。B 选项中关于本证和反证的区分要看跟举证责任的关系, 切不可草率地认为原告提出的是本证, 被告提出的是反证。在诉讼中, 有些事实应当由被告承担证明责任, 此时, 被告提出的恰恰是本证, 原告提出的恰恰是反证, 故 B 选项表述错误。C 选项中, 证言是否经过转述说的是其来源问题, 与直接证据、间接证据的

区分无关。直接证据与间接证据的区分主要看证据的内容, 如果该证言在内容上能够完整地证明待证事实, 是直接证据, 如果该证言在内容上只能证明待证事实的一个部分、一个片段, 则为间接证据, 如一份证言虽然是转述的他人所见事实, 属于传来证据自无问题, 但如果该证言在内容上能够完整陈述案件事实, 则为直接证据, 故 C 选项表述错误, 实为用证据的来源作为干扰信息混淆同学们直接证据与间接证据的区分, 请同学们牢记: 直接、间接证据的区分只看证据内容的完整性, 与证据的来源、证明力大小等无关。D 选项间接证据就算客观、合法, 但是其从内容上也只能证明部分待证事实, 不可能单独作为认定案件事实的依据, 仍然需要其他证据在内容上对其进行补充才能认定案件事实。故 D 选项表述错误。综上所述, 本题答案为 A。

[命题思路与常见错误分析] 本题的 B 选项中本证与反证的关系在于承担证明责任的人提供的证据是本证, 不承担证明责任的人提供的证据是反证。而在诉讼中, 有些事实应当由被告承担证明责任, 此时原告提出的该证据是反证, 被告提供的证据为本证。如借款纠纷中, 对于借款事实, 应当由原告证明, 如果原告提出借条, 则该借条是本证; 而对于还款事实, 应当由被告承担证明责任, 而被告提出收条证明该事实, 是本证。本题的其他选项考查直接证据与间接证据的区分, 直接证据与间接证据的区分标准是内容的完整性, 与来源、证明力大小等无关。

深度拓展:

关于 D 选项我们进行一下拓展, 请大家判断下列两个表述:

(1) “间接证据不能单独定案”?

(2) “不能单独定案的都是间接证据”?

分析: 表述(1)正确, 表述(2)错误。首先, 间接证据在内容上只能证明待证事实的一个部分、一个片段, 故不能单独作为定案根据, 需要别的证据在内容上对其予以补充。其次, 不能单独定案的证据都是间接证据吗? 不一定, 因为一个证据不能单独定案的原因有很多, 有可能是内容不完整, 需要别的证据在内容上对其进行补充, 为间接证据; 也有可能是因为证明力小, 需要其他证据对其证明力进行补强, 此时与间接证据无关。

技术流: 本证反证区分“三步走”

第一步: 待证事实是什么? 第二步: 该待

证事实由谁承担证明责任？第三步：该证据由谁提供？

(1) 承担证明责任的人提供的证据为本证；

(2) 不承担证明责任的人提供的证据为反证。

示例 1：原告起诉被告归还借款，向法庭提供一张借条；被告主张借款已经归还，向法庭提供一张收条。请问借条和收条分别是本证还是反证？

分析：借条是本证。第一步，借条的待证事实是借款事实存在；第二步，借款事实是否存在应当由主张借款事实存在的原告承担证明责任；第三步，该借条是承担证明责任的原告提供，是本证。

收条是本证。第一步，收条的待证事实是借款已经归还；第二步，借款是否归还应当由主张已经归还的被告承担证明责任；第三步，该收条是承担证明责任的被告提供，是本证。

示例 2：张某开车行驶，遇李某横穿公路，倒在张某车前，李某起诉张某要求赔偿，主张张某开车撞倒自己。张某否认侵权事实，向法庭提供车载行车记录仪所记录的影像资料。该资料显示，张某的车离李某倒地位置相距 1.5 米。请问，该影像资料属于本证还是反证？

分析：影像资料为反证。第一步，该影像资料的待证事实是侵权事实不存在；第二步，对于侵权事实是否存在应当由主张侵权事实存在的原告承担证明责任；第三步，该影像资料是由不承担证明责任的被告提供的，为反证。

示例 3：张某开车行驶，遇李某横穿公路，倒在张某车前，李某起诉张某要求赔偿，主张张某开车撞倒自己。张某否认侵权事实，向法庭提供车载行车记录仪所记录的影像资料。该资料显示，李某故意撞向张某的车。请问，该影像资料属于本证还是反证？

分析：该影像资料为本证。第一步，该影像资料的待证事实是受害人李某有故意，为免责事由。第二步，免责事由应当由被告张某承担证明责任。第三步，该视频资料由承担证明责任的被告张某提供，为本证。

12. 王某诉钱某返还借款案审理中，王某向法院提交了一份有钱某签名、内容为钱某向王某借款 5 万元的借条，证明借款的事实；钱某向法院

提交了一份有王某签名、内容为王某收到钱某返还借款 5 万元并说明借条因王某过失已丢失的收条。经法院质证，双方当事人确定借条和收条所说的 5 万元是相对应的款项。关于本案，下列哪一选项是错误的？（2017-3-39，单）

- A. 王某承担钱某向其借款事实的证明责任
- B. 钱某自认了向王某借款的事实
- C. 钱某提交的收条是案涉借款事实的反证
- D. 钱某提交的收条是案涉还款事实的本证

【分析与思路】 本题考查本证、反证的区分以及自认。

王某起诉钱某归还借款，钱某主张借款已经归还，王某向法院提供借条的待证事实为借款事实的存在，对于借款事实是否存在应当由主张借款事实存在的王某承担证明责任，故王某提供的借条为本证，因此 A 选项关于借款事实的证明责任分配表述正确；钱某向法院提供的收条待证事实为借款已经归还，对于借款是否归还应当由主张借款已经归还的钱某承担证明责任，故钱某提供的收条为本证，因此 C 选项错误，D 选项正确。关于钱某向王某借款的事实属于对钱某不利的事实，在法院组织的质证过程中，双方当事人确定借条和收条所说的 5 万元是相对应的款项，故钱某对于该借款事实的存在构成了自认，B 选项正确。本题要求选择错误的表述，故本题答案为 C。

当然，从解题技巧的角度而言，本题为单选，而 C、D 选项明显属于相互排斥的选项，故 C、D 选项中一定有一个选项是错误的，所以考生可以在直接判断出收条为本证后选 C。

13. 甲向法院起诉乙，提交了一张银行转账的凭证，证明自己借给乙 50 万元，在诉讼中，乙主张甲借款给自己是为了偿还自己以前借款给甲的事实，下列说法正确的是？（2019 金题-2-6，多）

- A. 甲提交的银行转账凭证属于直接证据
- B. 甲提交的银行转账凭证属于间接证据
- C. 乙对甲曾经向自己借款的事实承担举证责任
- D. 甲应对借款给乙的事实承担证明责任

【分析与思路】 本题考查证据的理论分类和证明责任。首先，关于直接证据和间接证据的区分，其区分要点在于内容的完整性，在内容上能够完整证明待证事实的是直接证据，在内容上只能证明待证事实的一个部分一个片段的证据是间接证据。甲向法院提供了银行的转账凭证，该证据的待证事实是自己借给乙 50 万，显然，该转账凭证只能证明自己向乙转款 50 万，但不能完整证明

借款事实，是间接证据，故 A 选项错误，B 选项正确。其次，关于证明责任，甲主张借款事实成立，故应当对借款事实的成立承担证明责任，故 D 选项正确。C 选项为干扰选项，证明对象是证明责任的前提，故分析证明责任应当首先确定该事实是否是本案的证明对象，如果是本案证明对象则需要讨论由谁承担证明责任，如果不是本案证明对象则无需证据证明，无需讨论证明责任。甲是否曾经向乙借款与本案无关，不是本案证明对象，无需证据证明，故无需讨论证明责任。故 C 选项错误。综上所述，本题答案为 BD。

【命题思路与常见错误分析】 本题 C 选项为干扰选项。很多同学直接判断乙主张甲曾经向自己借款，该事实为积极事实，应当由主张方乙承担证明责任，误选 C 选项。本案是甲起诉乙归还借款，故本案待证事实应当是借款事实是否成立，乙是否已经归还借款。前者应当由主张借款事实成立的甲承担证明责任，后者应当由主张已经归还的乙承担证明责任。而甲是否曾经向乙借款的事实不是本案证明对象，无需证据证明，故无需当事人承担证明责任。通过该选项提醒同学们注意：判断证明责任应当首先明确证明对象，是本案的证明对象才需要证据证明，才讨论证明责任问题。如果不是本案证明对象则无需讨论证明责任。

14. 战某打电话向牟某借款 5 万元，并发短信提供账号，牟某当日即转款。之后，因战某拒不还款，牟某起诉要求战某偿还借款。在诉讼中，战某否认向牟某借款的事实，主张牟某转的款是为偿还之前向自己借的款，并向法院提交了证据；牟某也向法院提供了一些证据，以证明战某向其借款 5 万元的事实。关于这些证据的种类和类别的确定，下列哪一选项是正确的？（2016-3-39，单）

A. 牟某提供的银行转账凭证属于书证，该证据对借款事实而言是直接证据

B. 牟某提供的记载战某表示要向其借款 5 万元的手机短信属于电子数据，该证据对借款事实而言是间接证据

C. 牟某提供的记载战某表示要向其借款 5 万

元的手机通话录音属于电子数据，该证据对借款事实而言是直接证据

D. 战某提供一份牟某书写的向其借款 10 万元的借条复印件，该证据对牟某主张战某借款的事实而言属于反证

【分析与思路】 本题 A 选项银行转账凭证为书证，直接证据和间接证据的判断标准在于证据在内容上能否完整证明待证事实，一张转账凭证在内容上不能完整地证明借款法律关系这一待证事实，只能证明借款关系的一部分（转款事实），为间接证据，A 选项表述错误。B 选项中手机短信属于电子数据没问题，同时，从手机短信的内容仅仅是表示战某“要”向牟某借款 5 万，不能完整证明借款事实（即仅仅能够证明战某向牟某发出要约，但牟某是否承诺呢），故该短信为间接证据，B 选项表述正确。C 选项中通话录音，为储存在电子介质（手机储存卡）内的录音资料，符合电子数据的特征，为电子数据。同时，从内容角度，其仅仅是表达战某要向其借款 5 万元，并不能完整证明借款法律关系（电话内容仅仅是发出借款的要约，牟某是否承诺呢），故应为间接证据，故 C 选项表述错误。

D 选项较难，首先本案待证事实是“牟某主张战某借款的事实”即应当包括战某是否向牟某借款，战某是否归还借款等事实，战某提供的牟某书写的借条只能证明牟某是否向战某借款，该事实与本案无关，并非本案证明对象，故该借条与本案待证事实无关，不是本案的证据，故既不是本案的本证，也不是本案的反证，故 D 选项表述错误。

综上所述，本题答案为 B。

【命题思路与常见错误分析】 特别强调区分本、反证的步骤，第一步确定证据的待证事实，第二步分析该证明对象由谁承担证明责任，第三步分析该证据是否为承担证明责任的当事人提出。本题 D 选项战某提供的借条待证事实是牟某曾向战某借款 10 万，而该待证事实并非本案（牟某起诉战某归还借款）证明对象，故该借条不是本案证据，既不是本证，也不是反证。

专题十 证明

第一节 证明对象

考点必背

证明对象。以下事实为免证事实：(1) 自然规律和定理、定律；(2) 众所周知的事实；(3) 根据法律或经验法则可以推定的事实；(4) 已为仲裁机构生效裁决认定的事实；(5) 已为法院生效判决认定的事实；(6) 已为公证机关生效公证书所证明的事实。其中自然规律和定理、定律不能用相反的证据予以反驳或者推翻。(2) (3) (4) 可以用相反证据加以反驳；(5) (6) 可以通过相反证据加以推翻。

自认。在诉讼过程中（包括证据交换、询问、调查过程中，或者在起诉状、答辩状、代理词等书面材料中），一方当事人陈述的于己不利的事实，或者对于己不利的事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证证明，法庭应当直接将其作为认定案件事实的依据。但是对于涉及身份关系、国家利益、社会公共利益等应当由法院依职权调查的事实，不适用自认的规定。同时，自认的事实与查明的事实不符的，法院不予确认；当事人委托诉讼代理人参加诉讼的，除授权委托书中明确排除的事项外，诉讼代理人的自认视为当事人的自认。共同诉讼中部分当事人的承认是否对其他共同诉讼人发生法律效力的问题需要分情形讨论：必要共同诉讼中，共同诉讼人中一人或者数人作出自认，对其他共同诉讼人发生法律效力，但其他共同诉讼人表示否认的除外；而普通共同诉讼中，共同诉讼人中的一人或者数人自认，对其他共同诉讼人不发生法律效力。关键注意在诉讼中，当事人为达成调解协议或者和解目的所作出的妥协涉及对案件事实的认可，不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据，但法律另有规定或者当事人均认可的除外。

特别提示：分析证明对象的意义在于——证明对象是证明的基础，只有确定了证明对象，该对象才需要证据证明，才讨论证明责任，才能判断本证、反证，才讨论证明标准。而一个与案件无关的事实、免证事实、自认的事实无需证据证明，故不需要讨论证明责任，当事人对此提出的证据也不能判断为本证、反证，更无需讨论证明标准。

1. 下列哪一情形可以产生自认的法律后果？ (2015-3-40，单)

- A. 被告在答辩状中对原告主张的事实予以承认
- B. 被告在诉讼调解过程中对原告主张的事实予以承认，但该调解最终未能成功
- C. 被告认可其与原告存在收养关系
- D. 被告承认原告主张的事实，但该事实与法院查明的事实不符

[分析与思路] 本题考查自认。在诉讼过程中（包括证据交换、询问、调查过程中，或者在起诉状、答辩状、代理词等书面材料中），一方当事人陈述的于己不利的事实，或者对于己不利的事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证证明，法庭应当直接将其作为认定案件事实的依据，所以 A 选项正确。在诉讼中，当事人为达成调解协议或者和

解目的所作出的妥协涉及对案件事实的认可，不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据，但法律另有规定或者当事人均认可的除外，B 选项属于调解中的妥协和让步涉及对案件事实的认可，不得视为自认，表述错误。关于自认的范围，对于涉及身份关系、国家利益、社会公共利益等应当由人民法院依职权调查的事实，不适用自认的规定，同时，自认的事实与查明的事实不符的，人民法院不予确认。C 选项是涉及身份关系的事实，不适用自认制度，不产生自认的法律效果。D 选项被告承认的事实与法院查明的事实不符，法院不予确认，不会产生自认的法律效果。综上所述，本题答案为 A。

[命题思路与常见错误分析] 本题 A 选项考查了自认的方式，可以在庭审中通过口头方式承认，也可以在证据交换、询问、调查过程中，或者在起诉状、答辩状、代理词等书面材料中予以

承认；B选项考查调解中的妥协与让步不构成自认；C选项考查自认的范围，涉及身份关系、国家利益、社会公共利益等应当由人民法院依职权调查的事实，不适用自认制度。但值得注意的是仅仅是涉及身份关系的事实不适用自认制度，不能表述为“与身份有关的案件不适用自认制度”，因为与身份有关的案件中有些事实与身份有关，不能自认，有些事实与身份无关，可以自认。如离婚诉讼属于与身份有关的案件，其中婚姻关系是否有效属于与身份有关的事实，不能自认，但是对于是否有出轨、隐匿财产等行为则是与身份无关的事实，可以自认。

2. 郭某诉张某财产损害一案，法院进行了庭前调解，张某承认对郭某财产造成损害，但在赔偿数额上双方无法达成协议。关于本案，下列哪一选项是正确的？（2010-3-48，单）

- A. 张某承认对郭某财产造成损害，已构成自认
- B. 张某承认对郭某财产造成损害，可作为对张某不利的证据使用
- C. 郭某仍需对张某造成财产损害的事实举证证明
- D. 法院无需开庭审理，本案事实清楚可直接作出判决

[分析与思路] 本题的考点在于诉讼中，当事人为达成调解协议或者和解目的所作出的妥协所涉及对案件事实的认可，不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据。可见张某是在调解过程中承认对郭某造成财产损害的事实，但是最后没能达成协议，所以该事实不得作为对其不利的证据，也就是说此时张某的承认并不构成自认，对该事实仍然应当由郭某承担证明责任。综上所述，本题答案为C。

解题技巧：

看见诸如“法院依法组织调解……但因为××问题，没能达成调解协议”，即可判断……的内容属于调解中的妥协和让步所涉及对案件事实的认可，不得视为自认。

3. 关于自认的说法，下列哪一选项是错误的？（2009-3-42，单）

- A. 自认的事实允许用相反的证据加以推翻
- B. 身份关系诉讼中不涉及身份关系的案件事实可以适用自认
- C. 调解中的让步不构成诉讼上的自认
- D. 当事人一般授权的委托代理人一律不得进行自认

[分析与思路] A选项中，2015年《民诉解释》第92条明确自认的事实与查明的事实不符的人民法院不予确认，可见，通过相反的证据证明该自认事实与查明事实不符，该自认可以被推翻，表述正确；B选项中，2015年《民诉解释》第92条明确对于涉及身份关系、国家利益、社会公共利益等应当由人民法院依职权调查的事实，不适用自认的规定。可见对于涉及身份关系的事实不适用自认的规定，但是并不是说与身份有关的诉讼均不适用自认的规定，与身份有关的诉讼中存在涉及身份关系的事实，不适用自认制度，但身份诉讼中的其他不涉及身份关系的事实则可以自认。如离婚诉讼中，关于婚姻关系是否存在这一事实属于与身份有关的事实，不能自认，但是关于其中财产等与身份无关的事实，则可以自认，表述正确；D选项，根据2019年《证据规定》，除授权委托书明确排除的事项外，诉讼代理人的自认视为当事人的自认，故委托代理人（包括一般授权和特别授权）可以代为自认，除非授权委托书明确排除的事项，故D选项表述错误。综上所述，本题答案为D。

[命题思路与常见错误分析] 通过B选项，提醒同学们注意，仅仅是与身份关系有关的事实不适用自认制度，如果考试选项中表述为“与身份关系有关的案件不适用自认制度”则为错误。因为与身份关系有关的案件中有些事实与身份关系有关，不适用自认制度，而有些事实与身份关系无关，可以适用自认制度。D选项中提醒同学们注意2019年《证据规定》关于委托代理人自认的新规定：委托代理人的自认视为当事人自认，但委托授权书明确排除的事项除外。

第二节 证明责任与证明标准

考点必背

1. 证明责任是一种不利的风险负担，即由法律规定某一待证事实处于真伪不明状态时由何方当事人承担不利后果。如果该方当事人提供充分证据证明了该事实，法院采信该事实，则这一风险不会变为现实，而如果该方当事人无法提供充分证据证明该事实，使得该事实处于真伪不明，

则证明责任的风险会变为现实,即该当事人要承担不利后果。

(1) 真伪不明是证明责任发生的前提。

(2) 当事人是证明责任的主体,法院不承担证明责任。

(3) 针对单一事实,证明责任只能由一方当事人承担。

(4) 证明责任的负担由法律或者司法解释预先规定,不存在当事人约定的问题,也不存在在当事人之间来回转移的问题。

(5) 不承担证明责任的当事人也可以积极行使举证权利。

(6) 证明责任是一种拟制或者假定,可能与客观事实不符。

2. 证明责任的分配。原则上,主张积极事实的当事人应当对自己主张的事实承担证明责任,而主张消极事实的一方当事人不用承担证明责任。该原则在具体诉讼中的体现是:

(1) 合同纠纷中主张合同成立并生效的一方当事人对合同的成立并生效的事实承担证明责任;主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方当事人对合同关系变更、解除、终止、撤销的事实承担证明责任;对合同是否履行发生争议,由主张合同已经履行的一方当事人承担证明责任;关于是否存在代理权的问题,由主张代理权存在的一方当事人承担证明责任。

(2) 侵权纠纷原则上由受害方对侵权责任的构成要件(一般案件为侵权行为、因果关系、损害后果、加害人过错四要件,而民法中规定的无过错责任案件则包括行为、结果、因果关系三要件)承担证明责任,而加害方对免责事由承担证明责任。但是根据民法规定存在如下两类证明责任的倒置问题:

① 环境污染案件因果关系倒置;即在环境污染案件中由原告证明行为、结果,被告证明免责事由和无因果关系。

② 民法中所有过错推定的案件,过错倒置。即在这类案件中原告证明行为、结果、因果关系,被告证明免责事由和无过错。

3. 证明标准:

(1) 程序性事实——较大可能性:与诉讼保全、回避等程序性事项有关的事实,法院结合当事人的说明及相关证据,认为有关事实存在的可能性较大的,可以认定该事实存在;

(2) 实体性事实

① 一般标准——高度可能性:对负有举证证明责任的当事人提供的证据,法院经审查并结合相关事实,确信待证事实的存在具有高度可能性的,应当认定该事实存在。

对一方当事人为反驳负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据,法院经审查并结合相关事实,认为待证事实真伪不明的,应当认定该事实不存在。

② 特殊标准——排除合理怀疑。当事人对欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明,以及对口头遗嘱或者赠与事实的证明,法院确信该待证事实存在的可能性能够排除合理怀疑的,应当认定该事实存在。

特别注意:证明标准以证明责任为前提,不承担证明责任的人无需提供证据证明该事实,故自然不能讨论证明标准问题。

1. 关于证明责任,下列哪些说法是正确的?

(2011-3-84, 多)

A. 只有在待证事实处于真伪不明情况下,证明责任的后果才会出现

B. 对案件中的同一事实,只有一方当事人负有证明责任

C. 当事人对其主张的某一事实没有提供证据证明,必将承担败诉的后果

D. 证明责任的结果责任不会在原、被告间相互转移

[分析与思路] 本题考查证明责任的理解, A

选项正确,如果待证事实处于事实清楚、证据确实充分的情况下,法院应当以证据证明的事实作为裁判的依据,不适用证明责任,只有在待证事实处于真伪不明状态时,才能适用证明责任。B 选项中对同一事实只有一方当事人承担证明责任,表述正确。试问,如果对同一事实由两方当事人承担证明责任,那么该事实处于真伪不明时,法院应当如何裁判呢?法官依然无法作出判决,此时仍然无法解决事实不清如何裁判的问题。D 选

项中证明责任是由法律或司法解释预先规定的,不存在在诉讼中转移的问题。C 选项中当事人对其主张的事实没有提供证据证明,但是如果对方当事人自认,或者对方当事人直接承认了其诉讼请求,依然可能胜诉。综上所述,本题答案为 ABD。

[命题思路与常见错误分析] 本题考查关于证明责任的概念问题,关于证明责任的概念,同学们在理解时应注意以下几点。

(1) 证明责任以证明对象为前提,故对于与案件无关的事实(如无过错责任原则中的过错这一要件)、免证事实、自认的事实不是证明对象,无需证据证明,故无需讨论证明责任问题。

(2) 真伪不明是证明责任的前提。

(3) 对于同一待证事实,承担证明责任的主体是双方当事人中的一方。首先,法院不承担证明责任。其对案件事实的调查仅仅是基于其认定事实的职责,并不是在履行证明责任(因为就算法院没有调查清楚该事实,法院也不用承担不利后果)。其次,对同一待证事实,不可能由双方当事人都承担证明责任。因为如果双方当事人都承担证明责任,最后事实不清、真伪不明时,案件依然无法作出判决。

(4) 证明责任的确定方式,由法律或者司法解释预先规定,不存在双方当事人约定证明责任的问题。证明责任经法律、司法解释确定或者法院进行分配后,不存在在双方当事人之间来回转移的问题。

(5) 证明责任得出的结论是一种拟制或者假定,可能与客观事实不符。

2. 当事人可对某些诉讼事项进行约定,法院应尊重合法有效的约定。关于当事人的约定及其效力,下列哪些表述是错误的?(2014-3-79,多)

A. 当事人约定“合同是否履行无法证明时,应以甲方主张的事实为准”,法院应根据该约定分配证明责任

B. 当事人在诉讼和解中约定“原告撤诉后不得以相同的事由再次提起诉讼”,法院根据该约定不能再受理原告的起诉

C. 当事人约定“如果起诉,只能适用简易程序”,法院根据该约定不能适用简易程序审理

D. 当事人约定“双方必须亲自参加开庭审理,不得无故缺席”,如果被告委托了代理人参加开庭,自己不参加开庭,法院应根据该约定在对被告两次传唤后对其拘传

[分析与思路] 本题涉及不同的制度,需要逐

一分析。A 选项涉及证明责任的分配问题,证明责任的分配由法律或者司法解释明文规定,不存在约定或者在诉讼中转移问题,所以 A 选项双方当事人约定举证责任的做法是无效的,对法院并无约束力。B 选项涉及撤诉的问题,根据 2015 年《民诉解释》第 214 条第 1 款的规定,原告撤诉或者人民法院按撤诉处理后,原告以同一诉讼请求再次起诉的,人民法院应予受理。当事人的约定违反了法律的规定而对法院没有约束力。C 选项涉及简易程序的适用问题,简易程序可以由法院直接适用,也可以由当事人约定适用。但当事人只能约定适用简易程序,而不能作出相反的约定,即不能约定不适用简易程序而适用普通程序审理,因为此种约定对国家而言是对司法资源的浪费,国家司法资源不可能因为当事人的约定而滥用,所以 C 选项表述错误,即当事人约定适用普通程序,法院审理该案时认为符合简易程序适用条件依然应当适用简易程序审理。D 选项中,委托代理人参加诉讼是当事人的诉讼权利,不能无故剥夺,所以当事人的该约定是无效的。再者,拘传是限制当事人人身自由的强制措施,其适用条件需要法律作出明文规定,即《民事诉讼法》第 109 条规定对于必须到庭的被告,法院经两次传票传唤无正当理由拒不到庭的,适用拘传。而不能根据当事人的约定就突破法律的限制,随意采取拘传这一限制公民人身自由的强制措施。综上所述,本题要求选择错误选项,故本题答案为 ABCD。

3. 刘月购买甲公司的化肥,使用后农作物生长异常。刘月向法院起诉,要求甲公司退款并赔偿损失。诉讼中甲公司否认刘月的损失是因其出售的化肥质量问题造成的,刘月向法院提供了本村吴某起诉甲公司损害赔偿案件的判决书,以证明甲公司出售的化肥有质量问题且与其所受损害有因果关系。关于本案刘月所受损害与使用甲公司化肥因果关系的证明责任分配,下列哪一选项是正确的?(2016-3-40,单)

A. 应由刘月负担有因果关系的证明责任

B. 应由甲公司负担无因果关系的证明责任

C. 应由法院依职权裁量分配证明责任

D. 应由双方当事人协商分担证明责任

[分析与思路] 本题考点在于免证事实。人民法院的生效裁判认定的事实为免证事实,但可以通过相反证据推翻。生效判决(吴某诉甲公司一案的判决)确定了化肥质量问题以及与农作物生长异常的因果关系,该事实成为免证事实,无需

证据证明,故本题其实与证明责任无关。关于免证事实的考点,人民法院生效判决认定的事实为免证事实,但是对方当事人可以通过相反证据推翻,故本案中甲公司可以用相反证据推翻生效判决认定的因果关系这一事实。故甲公司应当提供证据证明化肥质量问题与农作物生长异常不存在因果关系。当然 C、D 选项明显错误,因为证明责任只能由法律、司法解释预先规定,不存在法院依职权裁量以及当事人协议分配的可能。综上所述,本题答案为 B。

【命题思路与常见错误分析】 本题干扰性极强,在整个 2016 年考试试题中考生提出的异议最多。绝大多数考生(包括笔者自己)简单地把题目理解为产品侵权,应当由原告证明行为、结果、因果关系,被告证明免责事由,直接选择了 A。而实际上本题与证明责任无关。题目表述“刘月向法院提供了本村吴某起诉甲公司损害赔偿案件的判决书,以证明甲公司出售的化肥有质量问题且与其所受损害有因果关系”则表明已由生效法律文书确认了因果关系,则存在因果关系属于免证事实,无需证据证明,故本题与证明责任无关。而生效判决认定的事实可以用相反证据予以推翻,故甲公司可以通过相反证据推翻生效判决认定的事实,即提供证据证明该化肥质量问题与农作物生长异常无关。故本题应当选择 B。当然也有考生直接将案件视为环境污染,适用因果关系证明责任倒置的规定选择了 B,确属歪打正着。

深度拓展:证明的步骤

第一步:先确定证明对象,如一些与案件无关的事实、免证事实是不需要证明的,无需讨论证明责任和证明标准问题。

第二步:再确定证明责任,对于待证事实,根据证明责任讨论由谁提供证据证明。(行为责任)

第三步:再确定证明标准,承担证明责任的当事人应当提供证据将待证事实证明到相应证明标准,即可卸去证明责任,如未达到该标准,则承担证明责任的不利后果。(结果责任)请分析以下几例:

例 1:判断:刘月购买甲公司的化肥,使用后农作物生长异常。刘月向法院起诉,要求甲公司退款并赔偿损失。诉讼中甲公司否认刘月的损失是因其出售的化肥质量问题造成的,刘月向法院提供了本村吴某起诉甲公司损害赔偿

案件的判决书,以证明甲公司出售的化肥有质量问题且与其所受损害有因果关系。本案中,刘月应当对化肥的质量问题以及该质量问题与其所受损失承担证明责任,并且应当将该事实证明到高度可能性的标准。

【分析与思路】 因为对于化肥质量问题以及该质量问题与所受损失之间存在因果关系已为生效法律文书证明,属于免证事实,无需证据证明,故无需讨论证明责任问题,当然,更不需要讨论证明标准问题。故本题表述错误。

例 2:判断:某化工厂排污污染河流,河流沿岸养殖户张三权利受到损害,起诉化工厂赔偿,化工厂应当对其没有过错的事实承担证明责任?

【分析与思路】 环境污染案件属于无过错责任原则,即被告不论是否具有过错均要承担赔偿责任,故化工厂是否有过错与本案无关,不是本案证明对象,无需证据证明,故不讨论证明责任,故本题表述错误。

例 3:判断:甲公司起诉乙公司支付货款,乙公司主张已经将货款交给甲公司业务员张某,甲公司承认张某是本公司业务员,但张某并未将货款交回甲公司。乙公司应当对张某是甲公司业务员以及张某已经将货款交回甲公司的事实承担证明责任?

【分析与思路】 张某是甲公司的业务员这一事实已经甲公司自认,自认事实无需证据证明,并非本案证明对象;同时乙公司只要将货款交给有代理权的业务员即履行义务,至于张某是否将货款交回甲公司与本案无关,不是本案待证事实。综上,以上两个事实均不是本案证明对象,无需讨论证明责任,故本题表述错误。

例 4:判断:李某起诉李某要求归还借款 10 万,向法庭提供了向李某转账 10 万的转账记录。李某主张自己并不欠李某的钱,李某向自己转账 10 万是为了归还一年前向自己借的款,李某向法庭提供了李某在 1 年前向自己借款 10 万的借条。

(1) 李某应当对李某向自己借款的事实承担证明责任?

(2) 李某提供的借条对李某主张李某借款事实而言是本证?

【分析与思路】 李某起诉李某归还借款 10 万,本案的待证事实是李某是否向李某借款

10万,该笔借款是否已经归还等。而李某主张的张某曾经向自己借款10万与本案无关,不是本案证明对象,故对该事实无需证据证明,故无需讨论证明责任,故本题第(1)问错误。既然李某曾经是否向李某借款10万不是本案证明对象,故证明该事实的证据也不是本案的证据,故李某提供的借条根本不是本案证据,既不是本证,也不是反证,本题第(2)问表述错误。

例5:判断:张三起诉李四合同纠纷,对合同是否生效这一事实双方当事人产生争议,故张三应当通过证据将合同生效这一事实证明到高度可能性的标准,否则,应当承担证明责任的不利后果。

【分析与思路】表述正确,第一步,对于合同是否生效这一事实属于本案待证事实;第二步,对于该待证事实,应当由主张合同生效的原告张三承担证明责任;第三步,对于该事实,适用高度可能性这一证明标准,即承担证明责任的张三应当通过证据将合同成立这一事实证明到高度可能性标准,张三即可卸去证明责任,如果达不到这一标准,法庭应当推定这一事实不成立,即张三承担证明责任的不利后果。

例6:判断:张三起诉李四合同纠纷,对合同是否生效这一事实,双方当事人产生争议,故李四应当通过证据将合同尚未生效这一事实证明到高度可能性的标准,否则,应当承担证明责任的不利后果。

【分析与思路】表述错误。第一步,合同是否生效属于待证事实,需要证据证明;第二步,对于合同是否生效这一待证事实,应当由主张合同已经生效的张三承担证明责任,李四不承担证明责任。故李四无需提供证据证明该事实,自然无需将该事实证明到任何标准,表述错误。

分析证明的过程,应当逐一按照以上步骤进行:第一步确定证明对象,第二步讨论证明责任,第三步讨论证明标准。

(1)对于免证事实不需要证据证明,故不需要讨论证明责任以及证明标准问题。

(2)确定待证事实后,再确定证明责任,不承担证明责任的人,不需要讨论证明标准问题。

(3)确定待证事实后,确定证明责任,承

担证明责任的人,需要提供证据将待证事实证明到相应证明标准,否则应当承担证明责任的不利后果。

4.薛某雇杨某料理家务。一天,杨某乘电梯去楼下扔掉厨房垃圾时,袋中的碎玻璃严重划伤电梯中的邻居乔某。乔某诉至法院,要求赔偿其各项损失3万元。关于本案,下列哪一说法是正确的?(2017-3-40,单)

A.乔某应起诉杨某,并承担杨某主观有过错的证明责任

B.乔某应起诉杨某,由杨某承担其主观无过错的证明责任

C.乔某应起诉薛某,由薛某承担其主观无过错的证明责任

D.乔某应起诉薛某,薛某主观是否有过错不是本案的证明对象

【分析与思路】本题考查当事人和证明责任。本案薛某雇杨某料理家务,杨某致乔某损害,故本案属于提供劳务致人损害,根据民法相关规定,提供劳务致人损害的,由接受劳务方承担赔偿责任。这是实体法的规定,这一规定在民事诉讼法中存在如下两方面意义:

首先关于当事人,既然接受劳务方是赔偿义务人,故诉讼中应当以接受劳务方为被告,正如2015年《民诉解释》第57条规定,提供劳务一方因劳务致人损害,受害人提起诉讼的,以接受劳务方为被告。故本案应当以接受劳务方薛某为适格被告,提供劳务方杨某不能作为本案适格被告,故本题A、B选项表述错误。

其次关于责任形式,该规定中接受劳务方承担的是无过错责任,故在证明责任的分配中应当由原告乔某证明行为、结果、因果关系三要件,被告薛某证明免责事由。因为本案是无过错责任原则,故过错不是本案侵权的构成要件,不是本案证明对象,无需证据证明,无需讨论证明责任。故本题C选项错误,D选项正确。

综上所述,本题答案为D。

【命题思路与常见错误分析】注意笔者一再强调的证明对象、证明责任和证明标准的关系。证明对象是证明责任的前提,证明责任是证明标准的前提。一个事实是本案的证明对象才需要证据证明,才需要讨论证明责任,而不属于证明对象的事实无需证据证明,无需讨论证明责任。本案接受劳务方承担的是无过错责任,故其是否有过错与本案无关,不是本案证明对象。

5. 王某承包了20亩鱼塘。某日,王某发现鱼塘里的鱼大量死亡,王某认为鱼的死亡是因为附近的腾达化工厂排污引起,遂起诉腾达化工厂请求赔偿。腾达化工厂辩称,根本没有向王某的鱼塘进行排污。关于化工厂是否向鱼塘排污的事实举证责任,下列哪一选项是正确的?(2008-3-33,单)

- A. 根据“谁主张、谁举证”的原则,应当由主张存在污染事实的王某负举证责任
- B. 根据“谁主张、谁举证”的原则,应当由主张自己没有排污行为的腾达化工厂负举证责任
- C. 根据“举证责任倒置”的规则,应当由腾达化工厂负举证责任
- D. 根据本证与反证的分类,应当由腾达化工厂负举证责任

[分析与思路] 本题考查环境污染案件证明责任分配。首先,环境污染是无过错案件,原则上原告应当证明除过错外的其他三个侵权构成要件(行为、结果、因果关系),被告证明免责事由。其次,环境污染案件存在倒置规定,即将因果关系倒置给被告证明。综上,原告应当证明行为、结果,被告证明无因果关系或者具有免责事由。题目所问排污行为属于侵权责任构成要件中的行为,应当由原告王某证明。综上所述,本题答案为A。

6. 三个小孩在公路边玩耍,此时,一辆轿车急速驶过,三小孩捡起石子向轿车扔去,坐在后排座位的刘某被一石子击中。刘某将三孩子起诉至法院。关于本案举证责任分配,下列哪些选项是正确的?(2008-3-80,多)

- A. 刘某应对三被告向轿车投掷石子的事实承担举证责任
- B. 刘某应对其所受损失承担举证责任
- C. 三被告应对投掷石子与刘某所受损害之间不存在因果关系承担举证责任
- D. 三被告应对其主观没有过错承担举证责任

[分析与思路] 本题考查共同危险案件的举证责任。首先,本案共同危险并不是无过错责任原则,原则上原告应当证明侵权构成四要件(即行为、结果、因果关系、过错),被告证明免责事由。其次,共同危险中不存在倒置的规定。综上,共同危险中应当由原告证明行为、结果、因果关系和过错,被告证明免责事由。A选项三被告投掷石子的行为属于侵权行为,应当由原告刘某证明,表述正确;B选项损失属于结果,应当由原告刘某证明,表述正确;C选项因果关系应当由原告刘某证明,表述错误;D选项过错应当由原告刘某证明,表述

错误。综上所述,本题答案为AB。

[答案变更提示] 本题原答案选择ABC,其依据在于2002年《证据规定》中规定共同危险行为因果关系倒置。而该规定已经废止,故在共同危险案件中不存在倒置规定,即应当完全按照谁主张、谁举证的规则确定原告证明行为、结果、因果关系、过错四要件,被告证明免责事由。故将答案予以修正。

7. 甲养的宠物狗将乙咬伤,乙起诉甲请求损害赔偿。诉讼过程中,甲认为乙被咬伤是因为乙故意逗狗造成的。关于本案中举证责任的分配,下列哪一选项是正确的?(2007-3-45,单)

- A. 甲应当就乙受损害与自己的宠物狗没有因果关系进行举证
- B. 甲应当对乙故意逗狗而遭狗咬伤的事实负举证责任
- C. 乙应当就自己没有逗狗的故意负举证责任
- D. 乙应当就自己受到甲的宠物狗伤害以及自己没有逗狗的故意负举证责任

[分析与思路] 本题考查动物致人损害案件的举证责任。首先,根据民法规定,动物致人损害为无过错责任原则,原则上原告应当证明除过错外的其他三个侵权构成要件(行为、结果、因果关系),被告证明免责事由;其次,动物致人损害并不存在倒置的规定。综上,应当由原告证明侵权构成三要件(行为、结果、因果关系),被告证明免责事由。A选项中因果关系应当由原告乙证明,表述错误;B选项中乙故意逗狗属于免责事由,应当由被告甲证明,表述正确;C选项乙故意逗狗属于免责事由,应当由被告甲证明,表述错误;D选项中乙受到伤害属于侵权行为,应当由原告乙证明,表述正确,同时故意逗狗属于免责事由,应当由被告甲证明,表述错误,综上,D选项表述错误。综上所述,本题答案为B。

8. 甲路过乙家门口,被乙叠放在门口的砖头砸伤,甲起诉要求乙赔偿。关于本案的证明责任分配,下列哪一说法是错误的?(2012-3-37,单)

- A. 乙叠放砖头倒塌的事实,由原告甲承担证明责任
- B. 甲受损害的事实,由原告甲承担证明责任
- C. 甲所受损害是由于乙叠放砖头倒塌砸伤的事实,由原告甲承担证明责任
- D. 乙有主观过错的事实,由原告甲承担证明责任

[分析与思路] 本题考查侵权纠纷证明责任分

配。首先,根据民法规定,堆放物致人损害并非无过错责任原则,原则上应当由原告证明侵权责任构成四要件(行为、结果、因果关系和过错),被告证明免责事由。其次,根据民法规定,堆放物致人损害实行过错推定,故在证明责任分配中过错应当倒置给被告证明。综上,应当由原告证明行为、结果、因果关系,被告证明免责事由和无过错。A选项砖头倒塌属于侵权行为,应当由原告证明,表述正确;B选项所受损害属于结果,应当由原告证明,表述正确;C选项损害是否由于砖头倒塌所致属于因果关系,应当由原告证明,表述正确;D选项过错应当由被告证明,表述错误。综上所述,本题答案为D。

9. 夏某在回宿舍的楼道里,被季某堆放在楼梯过道的衣柜不小心绊倒受伤,夏某向法院起诉季某,要求损害赔偿。在诉讼中本案被告季某是否存在过错产生争议,关于该争议事实的证明责任分配,下列表述正确的是?(2019 金题-2-7,单)

A. 法院承担证明责任

B. 过错不是本案的证明对象

C. 由季某证明自己没有过错

D. 由夏某证明季某有过错

[分析与思路] 本题考查证明责任分配。堆放物致人损害并非无过错责任原则,原则上应当由原告证明侵权责任构成四要件(行为、结果、因果关系和过错),被告证明免责事由。其次,根据民法规定,堆放物致人损害属于过错推定,故在证明责任分配中应当将过错倒置给被告证明。综上,应当由原告证明行为、结果、因果关系,被告证明免责事由和无过错。本案争议事实是季某是否存在过错,显然,应当由被告季某对自己无过错承担证明责任,故本案C选项表述正确,D选项表述错误。证明责任应当由当事人承担,法院不承担证明责任,故A选项错误。本案搁置物致人损害,并非无过错责任原则,侵权人季某有过错是本案侵权构成要件,是本案的证明对象,所以B选项错误。

综上所述,本题答案为C。

第三节 证据保全

考点必背

诉前证据保全适用于情况紧急,在证据可能灭失或日后难以取得的情况下,利害关系人可以在起诉或申请仲裁前申请证据保全。诉前证据保全只能依据当事人申请,法院不能依职权采取。由证据所在地、被申请人住所地、对案件有管辖权的法院管辖。法院应当在48小时内作出裁定。当事人申请诉前证据保全的,法院应当责令提供担保。诉前证据保全后,当事人向其他有管辖权的法院起诉,采取保全措施的法院应当根据当事人申请将保全的证据及时移交受理案件的法院。

诉讼中证据保全适用于证据可能灭失或日后难以取得的情况,可以依当事人申请或者法院依职权采取,当事人申请证据保全应当在举证期限届满前向法院提出,由受理案件的法院管辖。诉讼中申请证据保全,可能给对方造成损失的,应当责令提供担保。

甲县吴某与乙县宝丰公司在丙县签订了甜橙的买卖合同,货到后发现甜橙开始腐烂,未达到合同约定的质量标准。吴某退货无果,拟向法院起诉,为了证明甜橙的损坏状况,向法院申请诉前证据保全。关于诉前保全,下列哪一表述是正确的?(2013-3-46,单)

A. 吴某可以向甲、乙、丙县法院申请诉前证据保全

B. 法院应当在收到申请15日内裁定是否保全

C. 法院在保全证据时,可以主动采取行为保全措施,减少吴某的损失

D. 如果法院采取了证据保全措施,可以免除

吴某对甜橙损坏状况提供证据的责任

[分析与思路] A选项考查诉前证据保全的管辖,依据《民事诉讼法》第101条第1款规定,诉前证据保全可以向证据所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的法院申请,结合本案,“货到后”三字可以看出甲县(买方吴某所在地)是证据所在地,乙县是被申请人宝丰公司的住所地,而丙县是合同签订地,不是证据所在地,也不是被申请人住所地,当然合同签订地法院对案件也没有管辖权,所以吴某可以向甲县和乙县申请诉前证据保全,但不能向丙县法院申请,所以A选项错误。B选项诉前证据保全法院应当在48小时内作出裁定,而此处的15日是错误的。C

选项,此时尚未起诉,若采取行为保全措施则为诉前行为保全措施,诉前保全措施只能依申请,不能依职权作出,C选项错误。D选项证据保全后,该证据视为已经向法院提出,吴某对该事实提供证据的责任已经免除。综上所述,本题答案为D。

[命题思路与常见错误分析] A选项考查诉前证据保全的管辖,由证据所在地、被申请人所在地以及对案件有管辖权的法院管辖。其中证据所在地和被申请人所在地结合案例即可判

断,而对案件有管辖权的法院需要结合合同纠纷的管辖确定,该选项为综合考查。当然,法院采取诉前证据保全措施后,当事人向其他有管辖权的法院起诉的,采取保全措施的法院应当根据当事人的申请将保全的证据及时移交受理案件的法院。B选项是考查法院对诉前证据保全申请应当在48小时内作出裁定,为细节干扰。C选项则是考查行为或财产保全的启动方式,诉前的只能依申请,诉讼中的可以依申请,也可以依职权。

第四节 证明程序

考点必背

及时举证义务。当事人应当对自己的主张及时提供证据,举证期限可以由法院在审理前的准备阶段确定,也可以由当事人协商后经法院准许。法院确定举证期限,第一审普通程序案件不得少于15日。简易程序举证期限不得超过15天,小额诉讼程序举证期限一般不得超过7天。当事人在举证期限内提供证据确有困难的,可以(在举证期限届满前)书面向法院申请延长。当事人逾期提供证据的,法院应当责令说明理由;拒不说明或者理由不成立的,法院可以不采纳该证据,或者采纳该证据,但予以训诫、罚款:(1)当事人因客观原因逾期提供证据,或者对方当事人对逾期提供证据未提出异议的,视为未逾期。(2)当事人因故意或者重大过失逾期提供的证据,人民法院不予采纳。但该证据与案件基本事实有关的,人民法院应当采纳,并对当事人予以训诫、罚款。(3)当事人非因故意或者重大过失逾期提供的证据,人民法院应当采纳,并对当事人予以训诫。

法院调查收集证据。分为依申请和依职权调查收集证据。当事人因为客观原因无法自行调查和收集的证据可以申请法院调查收集,申请法院调查取证应当在举证期限届满前提出。法院依申请调查收集的证据由审判人员对调查收集证据的情况进行说明后,由提出申请的一方当事人与对方当事人、申请人进行质证。基于约束性辩论原则,法院依职权调查收集证据仅限下列情形:(1)涉及可能损害国家利益、社会公共利益的;(2)涉及身份关系的;(3)涉及公益诉讼的;(4)当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的;(5)涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。对于法院依职权调查收集的证据,无需质证,在庭审时出示,听取当事人意见,就调查收集情况进行说明。

质证。未经质证的证据不得作为认定案件事实的依据。当事人在审理前的准备阶段或者法院调查、询问过程中发表过质证意见的证据,视为质证过的证据。原则上质证应当在公开开庭时进行,但涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据,不得在开庭时公开质证。

证据的认定:

1. 非法证据排除。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。

2. 下列证据不得单独作为认定案件事实的根据:(1)当事人的陈述;(2)无、限制民事行为能力人所作与其年龄、智力状况或者精神健康状况不相称的证言;(3)与一方当事人或其代理人有利害关系的证人陈述的证言;(4)存有疑点的视听资料、电子数据;(5)无法与原件原物核对的复印件、复制品。(注意,以上证据不能单独作为认定案件事实的依据原因在于其证明力小,需要其他证据在证明力上对其予以补强。不能将以上证据判断为间接证据,因为间接证据是其在内容上不能完整证明案件事实,需要别的证据在内容上对其进行补充,而与证明力大小无关)

1. 大皮公司因买卖纠纷起诉小华公司，双方商定了25天的举证时限，法院认可。时限届满后，小华公司提出还有一份发货单没有提供，申请延长举证时限，被法院驳回。庭审时小华公司向法庭提交该发货单。尽管大皮公司反对，但法院在对小华公司予以罚款后仍对该证据进行质证。下列哪一诉讼行为不符合举证时限的相关规定？

(2013-3-40, 单)

- A. 双方当事人协议确定举证时限
- B. 双方确定了25天的举证时限
- C. 小华公司在举证时限届满后申请延长举证时限

D. 法院不顾大皮公司反对，依然组织质证

[分析与思路] 本题考查举证期限问题。关于举证期限的确定，举证期限由法院指定或者当事人协商一致后经法院准许，法院确定的一审普通程序举证期限不得少于15天。A、B选项中当事人协议确定举证时限以及当事人确定25天举证时限的做法符合法律规定；C选项错在申请延长举证时限应当在举证时限内提出申请，而题目表述为举证期限届满后，自然不能申请延长，故C选项中的做法错误。关于逾期举证的后果，2012年《民事诉讼法》第65条第2款改为了应当责令说明理由，拒不说明或者理由不成立的，可以不采纳该证据，或者采纳该证据后予以训诫、罚款，亦即根据2012年《民事诉讼法》规定，逾期举证并不当然导致证据不被采信，所以法院对小华公司罚款后组织证据质证的做法是正确的。综上所述，本题答案为C。

[命题思路与常见错误分析] 本题D选项主要考查2012年《民事诉讼法》以及2015年《民诉解释》中关于逾期举证后果的规定：

当事人逾期提供证据的，法院应当责令说明理由，拒不说明的，可以不采纳该证据，也可以采纳证据后予以训诫、罚款。具体而言：

(1) 当事人故意或者重大过失逾期举证的，法院不采纳该证据；

(2) 当事人故意或者重大过失逾期举证的，但该证据与案件基本事实相关的，法院采纳该证据后予以训诫、罚款；

(3) 当事人不是故意或者重大过失逾期举证的，法院采纳证据后对当事人予以训诫；

(4) 当事人由于客观原因逾期举证或者对方当事人没有提出异议的，视为没有逾期。

总结与归纳：举证期限的确定

举证期限均可以由法院确定，也可以由当

事人协商一致后经法院准许。

普通程序法院确定的举证期限不得少于15天；

简易程序举证期限不得超过15天；

小额诉讼程序举证期限一般不得超过7天。

2. 李某起诉王某要求返还10万元借款并支付利息5000元，并向法院提交了王某亲笔书写的借条。王某辩称，已还2万元，李某还出具了收条，但王某并未在法院要求的时间内提交证据。法院一审判决王某返还李某10万元并支付5000元利息，王某不服提起上诉，并称一审期间未找到收条，现找到了并提交法院。关于王某迟延提交收条的法律后果，下列哪一选项是正确的？(2016-3-41, 单)

- A. 因不属于新证据，法院不予采纳
- B. 法院应采纳该证据，并对王某进行训诫
- C. 如果李某同意，法院可以采纳该证据
- D. 法院应当责令王某说明理由，视情况决定是否采纳该证据

[分析与思路] 本题考查逾期举证的法律后果。举证期限可以由法院在审理前的准备阶段确定（法院确定的举证期限不得少于15天），也可以由当事人协商一致后经法院准许。当事人在举证期限内提供证据确有困难的，可以在举证期限届满前书面向法院申请延长。逾期提供证据的，法院应当责令说明理由，拒不说明或者理由不能成立的，法院可以不采纳该证据，或者采纳证据后予以训诫、罚款。具体如下：(1) 当事人故意或者重大过失逾期提供证据，法院不予采纳该证据；(2) 当事人故意或者重大过失逾期提供证据，但该证据与案件基本事实相关的，法院应当采纳该证据后对当事人予以训诫、罚款；(3) 当事人非因故意或者重大过失逾期提供证据的，法院应当采纳证据后予以训诫；(4) 当事人逾期提供证据是因为客观原因或者对方当事人没有提出异议的，视为未逾期（即应当采纳该证据，且无需对当事人予以训诫、罚款）。结合题目，王某在二审中提供收条，显然属于逾期提供证据，且其理由是“一审期间未找到收条”，显然并非故意或者重大过失。根据前述分析，当事人不是故意或者重大过失逾期提供证据的，法院应当采纳证据后予以训诫，故本题答案为B。

3. 执法为民是社会主义法治的本质要求，据

此, 法院和法官应在民事审判中遵守诉讼程序, 履行释明义务。下列哪一审判行为符合执法为民的要求? (2013-3-36, 单)

A. 在李某诉赵某的欠款纠纷中, 法官向赵某释明诉讼时效, 建议赵某提出诉讼时效抗辩

B. 在张某追索赡养费的案件中, 法官依职权作出先予执行裁定

C. 在杜某诉阎某的离婚案件中, 法官向当事人释明可以同时提出离婚损害赔偿

D. 在罗某诉华兴公司房屋买卖合同纠纷中, 法官主动走访现场, 进行勘察, 并据此支持了罗某的请求

[分析与思路] A 选项中根据司法解释, 法官不能主动释明诉讼时效问题, 所以表述错误; B 选项中先予执行只能依据当事人的申请作出, 法院不能依职权裁定先予执行, 因为先予执行的目的是只涉及当事人的权利, 并不涉及法院审判权的行使; C 选项根据《婚姻法解释(一)》第 30 条规定, 人民法院受理离婚案件时, 应当将《婚姻法》第 46 条规定中当事人的有关权利义务书面告知当事人, 法官释明法律是正确的。

D 选项中法官“走访现场, 进行勘察, 并据此支持了罗某的诉讼请求”实质的考点在于法官依职权进行了调查取证, 解析出考点之后回顾, 法院可以依职权调查收集的证据限于如下几类: (1) 涉及可能损害国家利益、社会公共利益的; (2) 涉及身份关系的; (3) 涉及公益诉讼的;

(4) 当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的; (5) 涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。即主要限于身份关系, 国家、社会、第三人利益和程序性事实, 涉及双方当事人实体权利义务的事实不能由法院依职权调查收集。D 选项中法官“据此支持了罗某的诉讼请求”可见法官调查的是与双方当事人实体权利义务有关的事实, 错误。综上所述, 本题答案为 C。

[命题思路与常见错误分析] 本题中可能考生认为 C 选项法院向当事人释明有可以提出离婚损害赔偿的请求违背了处分原则, 但是“释明”仅仅是告知当事人权利, 但是否提出该主张仍然由当事人自己决定, 并未违背处分原则。除非法律明文规定禁止的释明(如诉讼时效), 一般情况下法院向当事人释明其诉讼权利和实体权利的做法并不违法。

4. 关于法院依职权调查事项的范围, 下列哪些选项是正确的? (2012-3-83, 多)

A. 本院是否享有对起诉至本院案件的管辖权

B. 委托诉讼代理人代理权限范围

C. 当事人是否具有诉讼权利能力

D. 合议庭成员是否存在回避的法定事由

[分析与思路] 结合法院调查取证这一知识点, 我们可以知道法院可以主动依职权调查收集的证据包括: (1) 涉及可能损害国家利益、社会公共利益的; (2) 涉及身份关系的; (3) 涉及公益诉讼的; (4) 当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的; (5) 涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。但除此之外涉及当事人实体权利义务的事实则基于当事人的处分权、基于约束性辩论原则以及司法的被动性的要求, 法院不应主动调查。所以本题中,

A、B、C、D 四个选项均为程序性事实, 不涉及双方当事人实体权利, 法院可以依职权调查。综上所述, 本题答案为 ABCD。

5. 关于民事诉讼中的证据收集, 下列哪些选项是正确的? (2008-3-90, 多)

A. 在王某诉齐某合同纠纷一案中, 该合同可能存在损害第三人利益的事实, 在此情况下法院可以主动收集证据

B. 在胡某诉黄某侵权一案中, 因客观原因胡某未能提供一项关键证据, 在此情况下胡某可以申请法院收集证据

C. 在周某诉贺某借款纠纷一案中, 周某因自己没有时间收集证据, 于是申请法院调查收集证据, 在此情况下法院应当进行调查收集

D. 在武某诉赵某一案中, 武某申请法院调查收集证据, 但未获法院准许, 武某可以向受案法院申请复议一次

[分析与思路] 本题考查法院调查收集证据, 分为依职权调查收集证据和依申请调查收集证据。法院依职权调查收集证据限于: (1) 涉及可能损害国家利益、社会公共利益的; (2) 涉及身份关系的; (3) 涉及公益诉讼的; (4) 当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的; (5) 涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。而法院依申请调查收集证据限于当事人因客观原因无法自行调查收集的证据。综上, A 选项中涉及第三人利益, 属于法院依职权调查收集证据的范围, 法院可以主动调查收集证据, 表述正确; B 选项中客观原因无法调查收集的, 可以申请法院调查收集, 表述正确; C 选项中没有时间收集不属于客观理由, 不符合申请法院调查收集证据的情形, 不能申请法院调取, 表述错误。

D 选项值得注意的是原 2002 年《证据规定》规定当事人对法院不予准许调查收集证据的通知不服的,可以申请复议一次。但是该规定已于 2019 年《证据规定》删除,故根据 2019 年《证据规定》,对于法院不予准许调查收集证据的通知,当事人不能申请复议,故 D 选项表述错误。综上所述,本题答案为 AB。

[答案变更说明] 本题原答案为 ABD。根据 2019 年《证据规定》,答案应当修改为 AB。

6. 高某诉张某合同纠纷案,终审高某败诉。高某向检察院反映,其在一审中提交了偷录双方谈判过程的录音带,其中有张某承认货物存在严重质量问题的陈述,足以推翻原判,但法院从未组织质证。对此,检察院提起抗诉。关于再审程序中证据的表述,下列哪些选项是正确的?(2013-3-85,多)

A. 再审质证应当由高某、张某和检察院共同进行

B. 该录音带属于电子数据,高某应当提交证据原件进行质证

C. 虽然该录音带系高某偷录,但仍可作为质证对象

D. 如再审法院认定该录音带涉及商业秘密,应当依职权决定不公开质证

[分析与思路] 本题考查证据和证明。质证的主体是当事人,检察院不是质证的主体,所以 A 选项表述错误;B 选项中“录音带”并不是储存在电子介质中的资料,故应当属于视听资料而不是电子数据,该选项错误;C 选项偷录并非是违反法律禁止性规定的方法取证,偷录的录音带可以作为证据使用,应当进行质证,可以作为质证对象,所以 C 选项正确;D 选项,涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的证据不得在公开开庭时质证,法院应当依职权决定不公开质证,表述正确。综上所述,本题答案为 CD。

[命题思路与常见错误分析] B 选项考查电子数据和视听资料的区分,传统的相机、摄像机、录音机所拍摄、录制的胶片、录音带、录像带为视听资料,而现代电子技术产生之后,数码相机、数码摄像机、数码录音笔所拍摄、录制的内容往往是储存在储存卡、U 盘、移动硬盘等电子介质中,且与传统视听资料只能在物理空间传播不同的是,电子数据可以实现精确复制,可以在虚拟空间中无限快速传播。^①可见,录音带为视听资料,并非电子数据。C 选项偷拍、偷录指未经他人许可而进行的录音、录像,不是违法方式,该

证据是可以使用的;而窃听、窃录是指使用法律禁止的专门的窃听、窃录设备进行的,是违反法律规定的方式取证,取得的证据才不能作为认定案件事实的证据。D 选项,有同学指出,涉及商业秘密的案件属于申请不公开,为何此处为依职权不公开。注意,公开审理与公开质证截然不同。总结如下:

(1) 关于公开审理:①国家秘密、个人隐私和其他案件法定不公开;②商业秘密、离婚诉讼经申请不公开。

(2) 关于公开质证:质证应当公开进行,但证据涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的,均不得在开庭时公开质证。

7. 张某向李某借款,但未书面签订协议,张某长期不还。李某约谈张某并私自录音,在约谈中张某承认借款 10 万利息 5 千,并请求李某减免。李某随即将该录音剪辑后作为主要证据向法院起诉。下列说法正确的是?(2018 金题-2-3,单)

A. 录音证据符合法律规定具有证据能力

B. 经剪辑后的录音存疑不具有证据能力

C. 系为达成和解而做的妥协,不具有证据能力

D. 未经对方同意私自录音不具有证据能力

[分析与思路] 本题考查证据能力的问题。录音属于视听资料,结合题目该视听资料主要存在两个方面问题:一是未经对方准许私录,二是经过剪辑。首先,关于私自录音、录像的证据能否作为证据使用,《民诉解释》中仅仅规定以严重侵犯他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违反公序良俗的方法形成或者获取的证据不得作为定案根据(《民诉解释》106 条),故未经对方准许私自录音、录像并不属于非法证据,是可以作为定案根据的,具有证明力;同时关于经过剪辑的录音、录像,根据 2019 年《证据规定》90 条规定,“存有疑点的视听资料、电子数据不得单独作为定案根据”,可见存在疑点的视听资料是可以作为定案根据(具有证据能力的),只是因为证明力较小,不能单独定案,需要其他证据补强其证明力才能定案而已。故该视听资料虽然未经对方同意,虽然经过剪辑后存在疑点,但依然是具有证据能力的,故 A 选项正确,B、D 选项错误。同时,《民诉解释》107 条规定,诉讼中,当事人为了达成调解协议或者和解协议作出的妥协而认

^① 参见何家弘主编:《电子证据法研究》,法律出版社 2002 年版,第 14~16 页。

可的事实，不得在后续的诉讼中作为对其不利的根据，但法律另有规定或者当事人均认可的除外。本案中张某的承认并不是在诉讼中的调解、和解中所作，故 C 选的表述错误。综上所述，本题答案为 A。

8. 巨星公司开发的软件屡遭盗版，遂派公司人员假扮消费者与盗版商磋商，请公证处人员手机秘密拍摄磋商全过程，公证处制作公证书，巨星公司据此向法院起诉索赔，关于公证书的说法正确的是？（2019 金题-2-8，单）

- A. 假扮消费者有违公平原则，有损经济秩序，该公证书应当排除
- B. 公证处只应当公正合法法律行为，该公证书有瑕疵，应当排除
- C. 该公证书是原始证据
- D. 该公证书是书证

[分析与思路] 本题考查证据，主要涉及到民事诉讼中的非法证据排除规则，在民事诉讼中非法证据排除规则只能排除“严重侵犯他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗方法形成或者获取的证据”，本题中巨星公司派出工作人员假扮消费者与盗版商磋商并秘密拍摄磋商过程的行为并未严重侵犯他人合法权益，并没有被法律所禁止，且未严重违反公序良俗，所以该秘密拍摄的录音录像不属于非法方式收集的证据。公证处制作的公证书是对该取证行为以及所取得的录音录像这一证据进行监督和确认，属于传来证据，故 C 选项错误。根据前述分析，巨星公司假扮消费者与盗版商进行磋商、秘密录像等方式并不属于非法收集证据，故该公证书所公正的录音录像内容以及取证过程也并不属于非法证据，无需排除，故 A、B 选项错误。公证书通过其记载的内容和表达的思想证明案件事实，属于书证，故 D 选项正确。同时值得注意的是公证书的证据效力问题。根据《民事诉讼法》69 条规定，经过法定程序公证证明的法律事实和文书，人民法院应当作为认定案件事实的根据，但有相反证据足以推翻公证证明的除外。即公证书所证明的事实为免证事实，但可以通过相反证据推翻。综上，本题答案为 D。

[命题思路与常见错误分析] 本题破题要领在于笔者一直给大家强调的偷拍偷录本身并不是违反法律禁止性规定的取证方法，而公证书是对该取证过程和取得的录音录像这一证据的监督和确认，属于传来证据。从而一举排除 ABC 选项。

案例拓展：

本题源于“北大方正公司诉高术天力公司计算机软件著作权侵权纠纷”一案。该案中北大方正公司派员工假冒消费者与高术天力公司磋商，购买安装盗版软件，并申请北京国信公证处对该取证过程进行公证，出具了公证书。在本案中关于该取证行为以及公证书的效力问题成为本案争议焦点，最高人民法院再审理认为：

1. 北大方正公司通过公证取证方式，不仅取得了高术天力公司现场安装盗版方正软件的证据，而且获取了其向其他客户销售盗版软件，实施同类侵权行为的证据和证据线索，其目的并无不正当性，其行为并未损害社会公共利益和他人合法权益，也未损害被告的合法权益，不属于非法方式收集证据；
2. 根据《民事诉讼法》69 条规定，经过公证程序证明的法律事实，除有相反证据足以推翻的外，人民法院应当作为认定事实的根据。高术天力公司安装盗版方正软件是本案公证证明的事实，因高术天力公司无相反证据足以推翻，对于该事实的真实性应予认定。

9. 下列关于证明的哪一表述是正确的？（2014-3-45，单）

- A. 经过公证的书证，其证明力一般大于传来证据和间接证据
- B. 经验法则可验证的事实都不需要当事人证明
- C. 在法国居住的雷诺委托赵律师代理在我国的民事诉讼，其授权委托书需要经法国公证机关证明，并经我国驻法国使领馆认证后，方发生法律效力
- D. 证明责任是一种不利的后果，会随着诉讼的进行，在当事人之间来回移转

[分析与思路] A 选项中，经过公证的书证其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言，并非大于传来证据和间接证据，A 选项实属张冠李戴。试想，经过公证的书证本身就有可能是间接证据，何来其证明力大于间接证据一说。B 选项中需要考生注意一个细节，经验法则分为日常生活经验法则以及专业领域经验法则，其中日常生活领域经验法则为一般人所共同知晓，无须证据证明，而专业领域的经验法则不为一般人知晓，并非免证事实，需要证据证明，B 选项以偏概全，错误。根据《民事诉讼法》第 264 条的规定，在

中华人民共和国领域内没有住所的外国人、无国籍人、外国企业和组织委托中华人民共和国律师或者其他代理人代理诉讼，从中华人民共和国领域外寄交或者托交的授权委托书，应当经所在国公证机关证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续，才具有效力。可见，C选项正确。D选项证明责任是一种不利后果，由法律或者司法解释预先规定，不存在在当事人之间转移的问题，表述错误。综上所述，本题答案为C。

【命题思路与常见错误分析】 A选项为“张冠李戴”，有同学只是模糊地记得经过公证的书证证明力较高，但是不清楚比较对象，而导致“张冠李戴”。经过公证、登记的书证证明力只是高于其他书证、物证、视听资料。B选项显然是以偏概全，可能考生记得经验法则不需要证明，但题目

一个“都”字可以提示同学们尽可能寻找反例。经验法则分为日常生活的经验法则，为一般人所共同知晓，不需要证据证明，以及专业领域的经验法则，为该领域内人所共同知晓，但并非一般人所共同知晓，故需要提供证据证明。D选项考查证明责任的理解，证明责任是指待证事实处于真伪不明时，由负有举证责任的一方当事人承担不利后果的责任。关于证明责任这一概念的理解，还需要考生掌握如下知识点：（1）真伪不明是证明责任发生的前提；（2）针对单一诉讼主张，证明责任只能由一方当事人承担，不可能由双方当事人各自承担；（3）证明责任由法律和司法解释预先确定，或者法院根据公平原则予以合理分配，在诉讼中不会在原、被告之间发生转移；（4）不承担证明责任的一方当事人也可以积极行使举证权利；（5）证明责任是一种拟制或假定，可能与客观事实不符。

专题十一 保全与先予执行

第一节 保 全

考 点 必 背

保全根据内容不同分为财产保全和行为保全。财产保全是指法院作出裁定，对一方当事人的财产采取查封、扣押、冻结等保全措施，防止当事人转移、处分被保全财产，以防止将来判决难以执行；而行为保全是指法院作出裁定，责令一方当事人作出一定行为或禁止其作出一定行为，防止该当事人正在或者将要实施的行为给申请人带来不可弥补的损害。

保全根据采取的时间不同，分为诉前保全和诉讼中的保全以及执行前的保全。

诉前的保全适用于不立即采取保全措施将会使申请人合法权益受到难以弥补的损害的情况；诉前保全只能依当事人申请采取，当事人可以向被保全财产所在地、被申请人住所地、对案件有管辖权的法院申请；法院应当责令当事人提供担保（担保是必须的）；对于诉前保全申请，法院应当在48小时内作出裁定。在诉前申请保全的，申请人在法院采取保全措施后应当在30日内起诉或申请仲裁，否则法院应当解除保全措施。

诉讼中的保全适用于可能因当事人一方的行为或者其他原因使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件；可以依当事人申请或者法院依职权；法院可以责令申请人提供担保，经责令申请人不提供的，裁定驳回申请（诉讼中的保全担保不是必须的）；诉讼中的保全由受理案件的法院采取；诉讼中的保全法院应当在5日内作出裁定，但是如果情况紧急的，法院应当在48小时内作出裁定。

环召楼前

环召楼前