

企业如何应对证据风险 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E4_BC_81_E4_B8_9A_E5_A6_82_E4_c122_480119.htm 企业经营中经常与其他主体发生纠纷诉诸法律，胜败都是兵家常事。胜败的关键是什么？如何防范败诉风险？笔者研究了大量案例，结合多年来的诉讼经验，愿将个中心得与读者分享。从情理上讲，败诉分为当败之败与不当败之败。欠钱不还，故意违约，就是当败之败，通俗讲占了人家便宜，相反就是不当败之败，吃了亏又输了官司（当然现实情况复杂得多，很多纠纷是非纠缠，曲直难辨）。研究当败之败的规避，缺乏正当性，因此本文重点在于如何避免企业维护正当权益时的败诉。企业没占人家便宜，为什么还会败诉？法官判案依据究竟是什么？民事诉讼法第七条：“以事实为根据，以法律为准绳”。这个规定乍看没问题，其实带有误导性，问题不在于其合不合理，在于其可不可能。法官能够掌握案件事实吗？法官接触案件时，纠纷事实其实已经结束，法官没有亲眼看到亲耳听到。法官看到的只是事实留下的痕迹，即证据。但不是所有事实、及事实的所有环节都会留下痕迹，也不是偶尔留下的痕迹一定可以还原成事实。何况纠纷双方为了自己的利益，经常有意隐瞒、歪曲甚至后期加工事实的痕迹。所以，法官不可能通过这些若有若无的、支离破碎的、可能经过扭曲加工的事实痕迹，掌握案件的客观真实，只能尽可能接近。有诉讼经验的人会知道，有时判决书中认定的事实与真实情况基本上是两回事。所以，事实可以分为，一、客观事实，当初实实在在发生的事实；二、当事人陈述的事实，诉讼中

纠纷双方陈述的事实鲜有完全一致的情况；三、证据能够证明的事实；四、法官认定的事实，法官认定的事实跟证据证明的事实也有区别，比如证据因违法或超过举证期限被排除，或证据相互矛盾由法官依证据规则决定取舍等。法官判案依据的事实是第四种事实，这种事实不是客观真实的事实，而是概念上的事实，是在客观事实遗留碎片的基础上建立起来的事实模型，是将双方输入的证据原料经过一定规则的取舍加工后形成的法律产品。对应于客观事实，有学者称为法律事实。有一句在法律行内行外都广为流传的话，几乎道破了诉讼的天机：“打官司就是打证据”。所谓“以事实为依据”，其实最终只能落实为“以证据为依据”。证据和法律是法官判案的两把尺子。当事人在法律上基本没什么主观能动性可以发挥，所以只有在证据上下工夫。证据是在事实发生过程中形成的。诉讼提起后，当事人能做的，只是尽可能没有遗漏的收集证据，再现事实。从这个意义讲，诉讼提起前，胜败已判。可以大做文章的地方，是在诉讼前，不是法庭上。要把证据意识贯彻到诉讼前的各个环节中。

一、履行义务留下证据

笔者曾经代理过一个案件，一家空调保洁公司与我的委托人签定了合同，约定每月一次上门提供中央空调保养维护，并提供检测报告。服务费首款合同成立时支付，尾款合同期满结清。合同签定后双方正常履行合同。合同期满后，委托人不满意服务质量，尾款拒付。空调保洁公司诉至法院，要求支付。后法院判空调保洁公司败诉，判决理由为：按照合同约定，原告应在保养维护时提供检测报告给被告签收，但原告没有提供签收记录，也没有提供其它充足证据证明曾到被告处进行保养维护。原告不履行义务在先，无

权要求被告给付对价。分析空调保洁公司败诉原因，似乎在于合同约定了空调保洁公司每次提供检测报告并经客户签收，但其未能提供签收记录。其实即使合同无此约定，原告的败诉也在所难免。按照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第五条，“对合同是否履行发生争议的，由负有履行义务的当事人承担举证责任”。即履行义务的一方要举证证明自己按约履行了义务，不能举证的，视为未履行，承担败诉后果。当然，合同是相对的，双方均有各自的权利和义务。问题是，履行义务经常有先有后，在先履行义务的一方不能证明自己已经履行义务时，根据先履行抗辩权的规定，对方没责任也没必要证明自己按约履行了义务。以上案例和规定明白无误地告诉我们，履行义务时一定要想办法留下凭证，留下凭证和履行义务是一样重要的事。在法官眼里，没证据就是没履行。这就是法官的法律事实，也就是法官的判案依据。履行义务的凭证，在购销关系中是送货单、验收单、付款凭证或收条，在服务关系中是服务记录等等。有时，保留证据、要求对方签字似乎是一件难为情的事，这时可以想一些变通的做法，比如将服务记录凭证的形式改换为客户意见反馈，或下次服务时间征询，以委婉的声东击西的方法把履行义务的实质内容确定下来。

二、不履行义务留下证据

一家制造企业某日对供应商供应的清洗剂收货后发现每桶比约定少了15公斤，找来供应商，清点核实后，在货款里扣掉43万元，但双方对此未签字确认。后双方终止合作后，供应商起诉称欠付43万，要求支付。后法院判决供应商胜诉，判决理由为：原告提供的订单、送货单已经证明其按约定履行了供货义务，被告应支付相应货款，被告称少付原因为原

告送货重量不足，但未提供充足证据证明，本院不予采信。以上判决有法理上和法律规定上的充足依据。依德国法学家罗森贝克（Rosenberg）的法律要件分类说，民事实体法的全部规范分为两大类：一是能够引起一定权利发生的权利发生规范，另一类为对抗、抑制权利发生的规范，包括权利妨害规范、权利消灭规范、权利受制规范。主张权利存在之人应就权利发生的法律要件存在的事实举证，否认权利存在之人，应就权利妨害法律要件、权利消灭法律要件或权利受制法律要件的存在事实承担举证责任。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第五条有类似规定，“在合同纠纷案件中，主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同订立和生效的事实承担举证责任；主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方当事人对引起合同关系变动的事实承担举证责任”。因此，合同一方拒绝履行义务时，也应将拒绝履行的证据保留下来，否则将被视为拒绝履行没有依据，承担败诉后果。实践中，拒绝履行义务的凭证包括验收不合格证明、特采单、延迟交货时的定单和送货单、扣款凭证等对方履行义务存在瑕疵的证明。这些证据最好要求对方签字确认，对方不肯签字的应收集其它的间接证据予以佐证。只有在这些证据具备后我方拒绝履行义务才算有理有据，不至于吃了亏又败诉。

三、避免给对方留下证据 笔者代理过一个房屋租赁纠纷的案子，出租人与第三人发生纠纷，第三人将该房屋水电断掉，造成承租人极大损失。承租人欲起诉出租方，但苦于没有损失原因的直接证据，也没证据证明跟出租人有何牵连。犹豫不决。不日，承租人收到出租人公函，公函详细解释了纠纷原因和断电过程。承租人收到该函后立即提交了

诉状！后来判决证明，这份公函对承租人的胜诉帮助很大。另一个案子，某公司对一员工调整岗位，员工不从，要求离职，公司同意。后该员工称新公司希望原公司出具离职原因的说明。该公司遂出证明：“员工04年10月入职，合同期三年，现因公司岗位调动的原因，双方无法达成一致。现双方劳动关系解除”。同日员工填写离职单。员工拿到该证明后，马上申请仲裁。后仲裁依此裁决：因公司原因解除劳动合同，公司应支付员工经济补偿金，从04年10月起算，并承担未提前通知的代替提前通知补偿金一个月工资。在笔者代理的案件中，相当一部分案件己方提供的证据中，包含了对方的公函，有些是重要证据！许多公司将发公函视为解决纠纷的途径，其实，如果坐下来面对面的即时的双向的沟通都没办法解决问题的话，冷冰冰的单向的非实时的公函怎么能担负这样的重任呢？正常的业务沟通除外，发公函应有特别的诉讼考虑，如为了诉讼实效的中断，告知对方防止损失的发生或扩大，告知对方债权债务的转移，撤消权的行使等，即发函产生法律上的效果。利用发公函来解决纠纷，是作茧自缚。公函之外，公司出具其它文书也要慎之又慎，尤其在可能发生纠纷的时候。公司盖章是一诺千金的事。在以上案例二中，仲裁裁决其实是曲解和引申了公司出具证明的原意，但是，考虑到劳动法对劳动者的保护倾向，这也是合情合法的。怪就怪公司不该给仲裁留下曲解的机会，当初不出证明，岂不高枕无忧？

四、消灭证据瑕疵 保留证据要注意证据瑕疵的问题。

笔者代理的另外两个案件，都是保留证据存在瑕疵导致不利后果的例子。客户与供应商约定，每月送货，3个月后结算。合作中供应商送货时客户仓管人员签收送货单

。3个月后，客户因质量原因终止合作，不再要货，并拒付部分货款。供应商诉至法院。庭上客户对部分送货单的签收不认可，称字迹潦草，不认识该签名。法院要求供应商明确签名人是谁，并证明是对方员工。供应商对签名也不能明确辨认，后至劳动部门调查客户员工名单，被告知外来员工不交保险的无名单备案。供应商无奈，只得接受对方调解方案。客户某日收到供应商和另一公司的共同发出的通知，要求以后货款付至另一公司的帐号。客户照做，后发生纠纷，供应商起诉称客户未付款。后经鉴定，转付通知为另一公司伪造，现该公司已注销。客户败诉。以上案例中败诉方败诉的共同原因是保留证据存在瑕疵或缺陷。致使难于被法官支持。实践中，送货单由客户员工签收是常见的事，目前人员流动性较大，签收后找不到人也很平常，供应商的风险可想而知。规避的办法，一是送货单要求对方盖章；二是签订合同时约定授权哪些人签收，或客户出具授权签收的委托；鉴于客户的强势地位，以上办法可能都比较勉强，第三个办法，就是定期对帐，双方送货、欠款数额定期确认，控制风险；第四个办法，是调查对方的税款抵扣记录或进行证据保全，不过这已是诉讼中涉及的工作了。另外要注意的，就是提高证据意识，重要内容最好写进合同，如付款帐号。极其重要的文件要求对方盖公章并要求法定代表人当面签字，此外，一般人常犯的错误是张冠李戴，没有独立法律主体的概念，经常拿甲的承诺要求乙履行义务，忘了即使甲乙在事实上是一家，在法律上也是不同的主体。

五、诉讼目的导向的证据设计

某公司的离职流程是，员工填写离职单，写明拟离职日期，签名，然后由员工的主管和公司领导在离职单上批示同意

与否。员工要求公司出具离职证明时，就在此离职单第二联上盖章交给员工。《劳动法》第二十四条规定，经劳动合同当事人协商一致，劳动合同可以解除。第二十八条规定，用人单位依据本法第二十四条、第二十六条、第二十七条的规定解除劳动合同的，应当依照国家有关规定给予经济补偿。因此，以上离职流程存在巨大的风险，就是员工离职后可能起诉公司，要求按劳动法28条支付经济补偿金。公司领导签名同意并盖章，致使真实情况到底是员工单方提出离职申请，还是双方协商同意解除合同变得模糊不清，考虑到上面提到的保护劳动者倾向，判决为双方协商同意解除，适用28条的可能性极大。李杏英诉上海大润发超市寄存物品丢失一案曾是02年全国有影响的判例，后法院判原告败诉，法院判决在认定原被告双方不形成保管关系时写到：保管合同的成立，须有当事人双方对保管寄存物品达成一致的意思表示，被告上海大润发有限公司在向消费者提供无偿使用自助寄存柜服务的同时，亦在寄存柜上标明的“寄包须知”中明示：“本商场实行自助寄包，责任自负”“现金及贵重物品不得寄存”，说明被告已表明仅提供自助寄存柜的借用服务，并未作出保管消费者存入自助寄存柜内物品的承诺，被告与原告之间并未就保管原告寄存物达成保管的一致意思表示。因此双方形成的不是保管法律关系，而是借用法律关系。本案例大润发的成功之处是在诉前留下了非常有利的证据，使诉讼中自己处于主动地位。以上一正一反两个案例说明，公司在平时的管理过程中，即应随时随处考虑到诉讼发生的可能性。针对法律规定，设计相应制度流程、文书、标示，以便将来发生纠纷时能够形成有利的证据呈现在法庭上，而不是

没有证据甚至出现有害的证据。证据是诉讼成败的关键，以上围绕证据的五方面工作，是诉讼前应苦练的内功。练好五项功夫，可以使企业在应对诉讼时如鱼得水，不战而先胜。否则，只能先战然后求胜，随机应变了。 参见[德]罗森贝克：《证明责任论》，251~256页，北京，中国法制出版社，2001。 吴合振主编：《最高人民法院公报案例评析•民事卷/一般民事案例》，675页，北京，中国民主法制出版社，2003（作者：甄灵宇，上海中融信律师事务所）

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com