

# 举证妨碍制度初探及我国构建

俞逸博

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2023年12月14日; 录用日期: 2024年1月28日; 发布日期: 2024年2月5日

## 摘要

举证妨碍制度最早始于英美法体系之中, 是“任何人不因从其过错行为中获利”原则的延申。大陆法系在引进该制度时, 主要从证明责任的角度去规制这一行为, 并以此为基础来建立惩治体系。我国的“举证妨碍”制度的构建承袭于自大陆法系, 本文运用文献研究法及法规研究法探究举证妨碍制度的法律理论基础、构成要件及实施这类行为在不同法系中的法律后果, 并对中国现有的举证妨碍制度的法律规范进行研究, 通过比较法研究及案例分析的方式发现我国举证妨碍制度的不足, 在此基础上提出我国举证妨碍制度的完善意见。

## 关键词

举证妨碍, 证明责任, 民事诉讼

# A Preliminary Study on the Spoliation of Evidence Production and Its Construction in China

Yibo Yu

International Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Dec. 14<sup>th</sup>, 2023; accepted: Jan. 28<sup>th</sup>, 2024; published: Feb. 5<sup>th</sup>, 2024

## Abstract

The Spoliation of evidence production first originated in the common legal system and is an extension of the principle that “no one should benefit from his or her wrongful conduct”. When the civil law system introduced this system, it mainly regulated this behavior from the perspective of burden of proof and established a punishment system based on this. The spoliation of evidence production of our country is inherited from the civil law system. This article uses the literature

research method and the legal research method to explore the legal theoretical basis and constituent elements of the spoliation of evidence production and the legal consequences of implementing such behaviors in different legal systems. It also studies the existing legal norms of the obstruction of evidence system in China, and finds the shortcomings of the obstruction of evidence system in China through comparative law research and case analysis. On this basis, it puts forward suggestions for improving the Spoliation of evidence production in China.

## Keywords

The Spoliation of Evidence Production, The Burden of Proof, Civil Litigation

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 问题的提出

举证妨碍制度的来源于英美法系中。1722年，在 *Armory v. Delamirie* 一案中，确定了举证妨碍这一规则，这一规则是“任何人不应从其过错行为中获利”这一原则的延申[1]。在英美法的法律语境下，随着判例的不断积累与发展，举证妨碍制度也不断发展。在不断发展过程中，这一制度被大陆法系所继承和吸收。由于大陆法系所在的国家倾向于从证明责任的角度出发去规制举证妨碍，并以此为基础来建立相应的惩治体系。在这种法律环境下，其建立的举证妨碍制度的实施主体相较于英美法语境下有所限缩，在大陆法系的语境下，一般认为“举证妨碍”的实施主体为“不负有证明责任的一方当事人”。

我国的“举证妨碍”制度的构建承袭于大陆法系，我国学者有时也将其称为“证明协力”或“证明协力义务”[2]。有学者在对德国、法国、奥地利三国的“举证妨碍”制度进行研究之后，对我国举证妨碍规范的来源得出了结论：对德国的相关立法的研究方面，该学者认为德国的立法并未引入举证妨碍的概括规范，而只是在书证及勘验领域增加了对不负举证责任的当事人和第三人的协助义务，故德国的举证妨碍规范亟待完善。对法国相关立法的研究方面，法国民事诉讼法将举证妨碍视为与违反民事诉讼法层面上的协助义务相衔接的制度，故将其设计在一个规范之中。对奥地利相关立法的研究方面，为了达成协助法院查明真相的目的，奥地利的民事诉讼法典在规则设计中有意让当事人在事实提交层面上承担普遍的阐明义务，在举证层面上承担普遍的协助义务，如果当事人实施了诉讼妨碍行为或者不遵守法院的提交命令，法官有权对相关证据利用自由裁量权进行求证[3]。

首先笔者要研究的对象为举证妨碍的法律规制，那么“举证妨碍”的概念是什么便是首先要予以解决的问题。我国的法律规则中尚未对“举证妨碍”作出一个准确的定义，有关于“举证妨碍”的行为列举和其他规定零散见于不同的法律法规中。我国学界一般认为，举证妨碍指对某一事项不负有举证责任的一方当事人在诉讼中或者诉讼外以故意或者过失的作为或不作为方式，致使负有证明责任的一方当事人陷入证明困难或者不能证明的行为[4]。一般认为妨碍举证的行为主要包括以下几类：1) 有证据而拒不提交；2) 毁灭、毁损证据；3) 不配合对方当事人的举证；4) 过失遗失证据[5]。

有关举证妨碍制度的研究现状，学者毕玉谦(2010)介绍了举证妨碍制度的法理基础、构成要件及法律后果等，并提出了我国当时的举证妨碍制度中所存在的问题，并提出了若干改进措施。学者胡学军(2013)也对举证妨碍行为的构成要件进行了分析，并主张从举证妨碍行为所针对的对象将举证妨碍的法律效果分为制裁与救济两类，最后学者胡学军认为我国举证妨碍制度存在以下问题：一、举证妨碍制度的制度

设置的目的是不明确,即举证妨碍行为不是证明责任分配的配套行为,需要明确其制度目的来使审判人员更好地行使自由裁量权。二、现有的制裁措施过于僵化。三、我国现行举证妨碍制度下缺少对于行为人主观状态如故意、过失的规制。四、我国的举证妨碍制度缺乏救济机制。学者周庆、李蔚(2018)从案例入手探讨了举证妨碍制度与证明责任规则的关系,举证妨碍行为的概念及构成要件。最后学者周庆、李蔚从立法、司法两个角度出发,指出了我国举证妨碍制度在立法、司法的不足,在立法上,他们认为我国的举证妨碍制度的规范位阶较低、主体和法律后果的规定也不健全;在司法上,他们认为我国的举证妨碍制度在实际使用中的名称不统一、主体范围认定不清、错用率较高。针对这些缺陷,他们也给出了他们的完善建议。学者姚志坚、柯胥宁(2020)从知识产权诉讼的角度去探讨了举证妨碍制度,他们首先说明了知识产权中对于举证妨碍制度的规定,然后从知识产权侵权的确定损失角度探讨了如何使用举证妨碍制度。他们提出可以从权利人主张、参考原告的主张及证据酌定赔偿数额以及根据法定赔偿最高额三条路径确定赔偿数额。对于知识产权领域举证妨碍制度的完善,他们提出需要:一、统一立法中的表述。二、明确适用前提。三、规范启动程序,应当依据权利人申请。四、强化法院对于举证妨碍制度的释明义务。五、细化具体的适用要件。学者崔起凡(2019)也对知识产权领域的举证妨碍制度进行了研究,他认为我国知识产权领域的举证妨碍制度证据提出的义务范围不明确、举证妨碍主体过于狭窄、举证妨碍行为的具体规定及行为人的主观状态规定存在缺失、举证妨碍制度的适用条件过于严格、救济和制裁方式过于简单,针对上述问题,学者崔起凡给出了自己的解决方案。学者吴俐、杨馥源(2023)提出可以用“认识-道德两分理论”来构建我国的举证妨碍制度,他们认为举证妨碍制度是一种证明责任规范,其和证明责任规范有很多共性。

对于我国有关于“举证妨碍”的法律规范问题,我国的《民事诉讼法》第114条规定了6种诉讼妨碍的行为,前三种列举了妨碍证据使用三种行为,第4、5种主要是不得妨碍司法人员的正常工作,第6种是拒不执行生效判决、裁定<sup>1</sup>,第114条规定涉及对举证妨碍行为本身的制裁。对于被妨碍举证的证据的效力问题主要规定在司法解释中,如《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)的第48条,《证据规定》第48条仅仅对控制书证情形下举证妨碍行为进行了规制,涉及的范围较为有限。在个别部门法中也有关于举证妨碍的规定,如在知识产权领域,《商标法》第63条规定:人民法院为确定赔偿数额,在权利人已经尽力举证,而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下,可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料;侵权人不提供或者提供虚假的账簿、资料的,人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据判定赔偿数额。在《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二)》中也有与《商标法》中类似的规定。

至于违反我国举证妨碍规定的法律后果,在公法处罚层面,我国《民事诉讼法》第114条规定的处罚方式包括罚款、拘留,构成犯罪的要依法承担刑事责任。同时,在私法方面,受到举证妨碍行为影响的另一方当事人也可以得到一些救济,主要是证明责任的降低等方面。

## 2. 举证妨碍制度的法理基础

在民事诉讼制度的构建过程中,辩论主义和处分权主义是构建民事诉讼制度的基础,当事人依据什么权利向法院请求裁判来使自己的权利得到救济,这是诉讼权利构建的应有之义。而诉讼证据的收集与提出则是由辩论主义加以规制的。基于传统辩论主义的基本假设,以及对人类基本理性的确认,曾经存在过一种学说:“任何一方当事人没有义务向对方提供对己方不利的证据”,即任何一方当事人没有义务向对方提供不利于自己的证据。

<sup>1</sup> 参见《民事诉讼法》第114条。

无疑，这样地说法很符合人类的客观认知和一般理性，没有一个理性的人会在与对方进行诉讼对抗时，在未获得任何利益的前提下，期望对方胜诉。那么为何要构建举证妨碍制度对举证妨碍行为人进行制裁？为何一个人在对证据进行“处分”时如构成举证妨碍就应承担相应后果？从实践上来看，即使举证妨碍行为不发生，部分案件也会出现事实真伪不明的情况。诉讼过程中，即使当事人提出了被举证妨碍的证据，案件的事实也不一定能因此被确定下来。那么基于怎样的目标，根据什么法理基础去设计举证妨碍制度就成了我们研究这一制度的前提。

## 2.1. 损害赔偿义务说

损害赔偿义务说认为，举证妨碍行为的当事人违反了实体法上的证据保存义务，在举证妨碍行为的干扰下，由于民事诉讼的举证规则是谁主张谁举证，负有举证义务的人将因举证妨碍行为陷入举证不力的情形。实行举证妨碍行为的一方的当事人因己方行为使对方受到损害，即实施了侵权行为，那么受到损害的一方因此享有赔偿请求权，实施举证妨碍行为的一方应承担损害赔偿的义务。但是这种说法遭到的一些学者的批评，因为这种责任的前提实际上是负有证明责任的一方当事人能够在实际上能够证明成功。

## 2.2. 期待可能性说

这种学说认为证明责任的分配是以证明的期待可能性为前提的。即如果实行举证妨碍行为的当事人实施举证妨碍行为导致负有证明责任的一方进行证明的期待变为了不可能，此时为了对受举证妨碍一方进行补救就应该将证明责任转向给实施举证妨碍行为的那一方[6]。

但是也有学者认为，证明责任作为一种抽象的法律规制，不得凭借个案的期待可能性而在当事人间笼统地分配证明责任，并且将实体法上的举证妨碍行为的规制与证明责任转换这一种诉讼制度结合缺乏说服力。如果认为“损害赔偿说”是错误的，那么理应也认为将实体法上的规制与民事诉讼的规定结合考察的做法是错误的[4]。

## 2.3. 经验法则说

这种学说主张具有丰富经验的理性的人会认为实施举证妨碍行为的一方，基于他隐藏、损毁对负有证明责任的一方有利的证据或者拒绝向法院提供证明的行为，即可以说明在举证妨碍行为人看来这份证据足以在证明过程中导致举证妨碍行为人一方处于不利的地位。因此如果在立法上制订规范来处罚这类行为，就符合人类的理性推导出的结果。如果被实行举证妨碍行为的证据是有利于行为人的，那么行为人基本何种理由才会去实施证据妨碍行为呢？行为人反而会支持该证据的提出，这种行为才是符合人类理性的[7]。

当然也有学者提出反对意见，有学者认为如果认为举证妨碍行为的法理基础是经验法则的话，那么法官可以直接在诉讼过程中运用经验法则去判断，没有必要另行承认证明妨碍理论。并且以经验法则作为基础进行制度构建，仅仅能够对举证妨碍人的“故意”行为进行诘问，而无法对举证妨碍行为人的“过失”举证行为进行规制。

## 2.4. 诚信原则违反说

该法理基础以上文中曾经提到的“任何人不应从其过错行为中获利”，那么当举证妨碍行为人实施举证妨碍行为时，由于大部分举证妨碍行为都是“故意”实施此类行为的，这种举动会使负有证明责任的一方处于举证不力的地位，由此应该对这种行为进行制裁。

诚实信用原则作为一个万能原则，在使用于民法体系的同时也能够适用于诉讼法体系。举证妨碍行为人为人实施了举证妨碍行为使得负有证明责任的一方陷入举证不力的境地，并且从其行为中攫取了利益，这样的行为显然是违反诚实信用原则的。

虽然诚实信用原则在民事诉讼中的使用范围尚不能确定，但是相比其其他学说，诚信原则违反说最能合理解释这一制度的设立目的。

## 2.5. 诉讼协力义务违反说

该学说认为举证妨碍的法理基础是违反了协力义务，这类义务可以从诉讼法中提取出来，而协议义务又包括特殊协力义务、特殊程序协力义务和一般协力义务。

## 2.6. 公平与制裁说

美国法院一般用“公平与制裁”为基础来对举证妨碍行为的法律制裁进行论证。英美法系一般认为，举证妨碍行为损害了诉讼程序中公平和真实的目标，这种行为一方面干扰和阻碍了法院和双方当事人确定证据事实，另一方面举证妨碍行为使双方在接近证据这一方面不平等<sup>[8]</sup>。这类法律制裁的措施从轻到重依次可以分为：命令举证妨碍行为人支付费用、对陪审团进行提示、对举证妨碍行为者提出的证据进行排除、直接作出最终判决<sup>[8]</sup>。

# 3. 举证妨碍规范的构造与法效果

## 3.1. 举证妨碍行为的构成要件

一个制度想在实践中得到广泛的使用，对其构成要件进行确定便成为一个非常重要的过程。如此，法官在裁判过程中才能够确定案涉事实是否满足所有要件，进行判断相关规范能否适用，即“涵摄”。

对于举证妨碍的构成要件，有学者持“二要件说”，认为举证妨碍的主要构成要件可以分为客观要件和主观要件<sup>[9]</sup>。客观要件指举证妨碍的客观行为可以通过作为或者不作为的方式来进行，举证妨碍行为对诉讼过程中被举证妨碍一方的证明产生了巨大不利影响，且举证妨碍行为和举证不力的结果之间应有因果关系。主观要件可以分为故意及过失，对于“过失”能否构成举证妨碍行为的主观要件学术上存在一定的分歧。

也有持“三要件说”观点的学者，这些学者认为在“二要件说”的基础上还应该增加一个要件，即举证妨碍行为的实施者应该具备以下条件之一：一、实施者对妨碍行为所对应的证据具有提出的利害关系；二、实施者对妨碍行为所对应得证据具有保存义务；三、实施者对举证妨碍所对应证据的损毁、灭失具有故意或者过失，并且需要认识到该证据具有被利用的可能性，或者说应该认识到该证据具有被利用的可能性，但是却因为故意或者过失没有认识到。

也有学者认为应该参考侵权行为的构成要件，采用“四要件说”，认为构成要件分为主体要件、客体要件、主观要件和客观要件。笔者认为“四要件说”更加先进。

对于主体要件来说，举证妨碍的主体一般分为当事人和第三人。对于不负举证责任的一方当事人可以构成举证妨碍行为的主体，理论界争议较少。对于主体要件来说，问题主要在于负有证明责任的一方当事人能否成为主体，对此学者基本持否定态度，理由是举证证明的分配具有固定性，不能随意转移。但是近年来某些学者从举证妨碍制度构建的目的，即防止证据偏在的角度去论证举证妨碍制度应该一并包含负有证明责任的一方主体。诉讼的动态过程中去看，负有证明责任的一方可能在某些情况下存在反驳对方主张的情况，如反诉。

对于第三人实施的举证妨碍行为，由于在诉讼过程中，当事人与第三人均有持有涉案证据的可能性，

但由于第三人既不是民事诉讼审判的主体，也对于证明的结果并没有利益，所以一般国家在构建举证妨碍制度时，一般对第三人的举证妨碍行为规定较小的适用范围和较轻的惩罚措施。如在文书提出义务方面，德国民事诉讼法规定如果文书提出对第三人来说是不可期待的或者该文书记载的事项属于法定的证人可以拒绝证明的事项，第三人可以拒绝提交。

有关客体要件方面，即举证妨碍行为所指的对象，一般可以分为人证与物证。一般认为我国民事诉讼法第 66 条规定的当事人陈述、书证、物证、鉴定意见和勘验笔录均可构成举证妨碍行为的客体<sup>2</sup>。

有关主观要件方面，主要是指过错，过错主要包括故意和过失两种心理状态，由于举证妨碍行为人在实施举证妨碍行为时满足这两种心理状态，导致其行为具有主观上的可归责性。对于故意，理论界一般都承认其可以作为证明妨碍，但是认为这种故意一般要以“双重故意”来理解，一是指行为人有进行举证妨碍行为的故意，二是行为人知道其行为会导致他人举证不力，但是希望或者放任这种结果发生。对于过失，不同国家的立法对于这个问题有不同看法，但是一般在立法中未规定过错是否包括过失的国家，如德国日本，一般通过判例、学说等确认在主观要件方面包括过失。笔者认为，根据诚实信用原则，无论是故意还是措施的实施的举证妨碍行为，都属于自己的恶意行为，造成了他人的举证困难，应该予以处罚。

有关客观要件方面，一般认为客观要件分为时间要件、行为要件、结果要件和因果关系要件四个部分。对于时间来说，一般认为诉前行为和诉讼中的举证妨碍行为均属于规制范围。就行为要件来说，积极的作为行为，即损毁、灭失、藏匿等行为可以构成举证妨碍行为，拒绝提供证据材料等不作为行为也可以构成举证妨碍行为。因果关系方面，举证妨碍行为和举证不力的后果之间应该有因果关系。

### 3.2. 举证妨碍行为的法律后果考察

在司法实务中，对于举证妨碍行为造成的当事双方举证不平衡该如何处理的问题，在各国司法实践中有以下做法：

一、证明责任转换，其主要内容为举证妨碍行为的实施严重影响了被妨碍一方的公平状态，因此采用证明责任转换这种最为严厉的方式来对举证妨碍行为人进行惩戒。这种措施在各国的审判实践中被广泛运用。当然这种制度的存在并不意味着法官可以随意无视举证责任倒置等规定，我国目前也未对证明责任转换的情形作出详细规定，这方面还有待立法和司法实务给出更为具体的参考。

二、利用公法手段进行制裁，这类制裁方式主要规定于各国的法律之中。由于举证妨碍行为损害了一国的司法秩序与司法威严，大部分国家往往采用公法上的措施去制裁这种行为，比较典型的有处以罚金。

三、证明标准降低，一方实施了举证妨碍行为使另一方举证产生了困难，使待证事实处于真伪不明的情形下。为了弥补受到举证妨碍行为影响的一方，可以降低其举证责任标准，使其所有的证据能够满足法官形成自由心证的要求。在司法实务中，证明标准降低可以导致证明变得比原来更加容易，意味着诉讼双方又重新回到同一天平之上。

四、司法拟制，指举证妨碍行为人的行为构成了法律上规定的举证妨碍行为时，法院有权对举证妨碍行为人的行为作出不利的规定。在我国的立法中主要出现在《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 95 条：一方当事人控制证据无正当理由拒不提交，对待证事实负有举证责任的当事人主张该证据的内容不利于控制人的，人民法院可以推定该主张成立[10]。

五、直接作出终局判决。这是一种较为严厉的举证妨碍行为的法律后果，一般是在举证妨碍行为人实施的举证妨碍行为是被举证妨碍的对象受到无法挽回的损失时，法院有权直接作出终局判决。

<sup>2</sup> 参见《民事诉讼法》第 66 条。

六、排除妨碍人提出的证据。这也是美国法上的一种举证妨碍的法律后果，目的是排除举证妨碍行为人为人提出的证据后，达成诉讼公平的目的，使当事人双方能够再次进行公平举证。

七、独立承担民事责任。在美国的一些州开始出现被举证妨碍的对象提出独立的诉讼请求来对举证妨碍行为人的行为进行求偿。

#### 4. 我国的举证妨碍制度构建

我国法学界对于举证妨碍制度的研究开始的较晚，相关立法也以移植为主，但是在当今诉讼环境恶化，最高院、最高检、公安部及司法部颁布《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于进一步加强虚假诉讼犯罪惩治工作的意见》来改善诉讼环境的大环境下，目前正是完善举证妨碍相关制度的好时机。我国目前的举证妨碍制度体现在《民事诉讼法》及相关司法解释，《商标法》及《专利法解释(二)》中，虽然对一些举证妨碍行为作出了一些公法上的处罚规定，但是规则前后不一致，适用条件也不明确，未在妨碍负有证明责任的一方当事人的证明责任方面作出细致规定，建议可以参考国外和我国台湾地区相关制度的构建方式及学术理论在举证妨碍行为的法律效果方面作出一些可供实务参考的规定。

首先，我国应该明确各个法律术语的适用范围及详细含义，这样可以有效阻止法官自由裁量权的无限扩大，对“正当理由”等术语可以采取列举的形式列举出几种典型情形。并且对不同部门法中的举证妨碍制度的相关用语进行统一。其次，针对当事人、第三人不同程度的举证妨碍行为，设计不同的惩罚方式，同美国的“公平与制裁”。之后，我国应该完善举证妨碍制度的构成要件，包括但不限于举证妨碍行为的具体表现、举证妨碍行为的主体是否包括第三人、明确行为人的主观状态是否包含过失或者疏忽。再次，我国需要完善举证妨碍制度的程序设计，包括提出的主体(是依申请还是依职权)、提出的时间点、放宽举证妨碍制度的适用条件、增设救济制度。最后，我国可以综合采用民事强制措施、依职权调取证据等各种方式，完善证据证明的相关规定<sup>[11]</sup>。

举证妨碍问题是我国司法实践中遇到的症结问题。现在借着全面依法治国以及整治虚假诉讼活动的蓬勃进行展开对于举证妨碍制度的完善，是完善我国诉讼制度重要机遇。我国必须借此完善诉讼制度，更好让诉讼体现公平与正义，保障当事人的合法权益。

#### 参考文献

- [1] 韩静茹. 民事诉讼证明妨碍问题之反思——理论、实践及制度优化语境下的思考[J]. 时代法学, 2012, 10(6): 40-52.
- [2] 赵信会. 民事诉讼证明妨碍及制裁措施之选择[J]. 证据科学, 2019, 27(5): 517-526.
- [3] 周翠. 举证妨碍规范的解释与完善[J]. 当代法学, 2022, 36(1): 136-148.
- [4] 占善刚. 证明妨害论——以德国法为中心的考察[J]. 中国法学, 2010(3): 100-110.
- [5] 张广良. 举证妨碍规则在知识产权诉讼中的适用问题研究[J]. 法律适用, 2008(7): 16-20.
- [6] 骆永家. 证明妨碍[J]. 月旦法学杂志, 2001(2): 117.
- [7] 毕玉谦. 民事诉讼证明妨碍研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2010: 16.
- [8] 黄国昌. 民事诉讼理论之新展开[M]. 台北: 元照出版有限公司, 2005: 253.
- [9] 崔起凡. 我国知识产权诉讼证明妨碍规则之不足与完善——基于比较法视角的分析[J]. 国际法与比较法论丛, 2019, 25: 171-188.
- [10] 奚玮. 民事当事人证明权保障[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2009: 331.
- [11] 姚远. 民事举证妨碍规制之初探[J]. 知识经济, 2012(21): 41-44.