法院调查取证制度研究

论文提要：

我国民事诉讼改革以“削弱法院职权”和“强调当事人举证责任”为主方向。但《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》为当事人设定了举证责任，却并未对其收集证据赋予足够的程序上的保障，而且还限缩了法院依职权调查取证的空间，使当事人相对的证明责任则显得过重，且新修订的《民事诉讼法》依然沿袭此种规定。我国由于社会经济发展的不平衡，民众法律意识相对较低以及传统无讼文化的影响，将使当事人在发现真实的诉讼程序中，失去最后的救济手段，使当事人对司法公正性的认可度降低，且通过发现真实达致实体公正是包括我国在内的各国民事诉讼制度的根本目的，过分限缩法院依职权调查取证的权力妨碍了实体公正的实现, 已经产生了多方面的负面效应。因此需要对以往的改革进行检讨，并通过适当扩大法院依职权调查收集证据的权力, 在民事诉讼中建立科学的案件事实发现机制。

证分析等方法对法院调查取证制度加以研究。

本文主要从四个部分对法院调查取证制度进行研究分析：

第一部分是法院调查取证制度的沿革。分析了目前该制度在我国立法发展轨迹，并剖析了其缺陷。

第二部分是我国当前民事诉讼中的法院调查取证制

度存在的主要问题。此部分主要研究该制度立法和司法实践中存在的问题，并剖析了原因。

第三部分完善我国法院调查取证制度的具体构想。此部分主要是在前文对于法院调查取证制度所存在问题的研究基础上，提出完善该制度的具体举措。（全文8705字）

关键词：民事诉讼 法院调查取证 适用范围

1. 我国法院调查取证制度的立法沿革

（一）第一阶段——依职权全面取证阶段

1982年，我国颁布了《民事诉讼法（试行）》，该法第56条规定：“当事人对自己的主张，有责任提供证据。人民法院应当按照法定程序全面地、客观地收集证据”。最高人民法院1984 年出台的《关于贯彻执行〈民事诉讼法（试行）〉若干问题的意见》根据这一规定进行了细化，“人民法院收集和调查证据，应当深入群众，依靠有关组织，认真查清纠纷发生的时间、地点、原因、经过和结果，不受当事人提供证据范围的限制”。在这一阶段职权主义理念占据主导地位，虽然同时规定了当事人举证和法院调查取证两种取证方式，但是实践中更偏重法院的调查取证活动，当事人是否提供证据对法院依职权调查案件事实基本不产生影响，因此，法官大包大揽全面收集证据依然是这一时期证据收集制度的主要特征，这种方式在当时诉讼案件少，矛盾相对较小的社会背景下，是有合理性的。

（二）第二阶段——职权审查主义的萌芽

随着经济的发展以及商品经济的出现，过分强调人民法院调查收集证据带来的诸多负效应[[1]](#footnote-2)逐渐凸显，于是，上世纪80年代中后期，我国法院开始了民事审判方式改革，改革是在弱化法院职权、强化当事人在在诉讼中的地位和职责的指导思想下进行的，改革的切入点是强调当事人在诉讼中的举证责任。1991 年，我国对《民事诉讼法（试行）》进行全面修订, 修订后的民事诉讼法规定了“谁主张，谁举证”的原

则，明确了当事人的举证责任；同时该法第64条规定：“人民大院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据”，并对法院调查取证的范围作了限制：“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集”。1992 年最高人民法院公布了《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》，该司法解释第73条明确人民法院依职权调取证据的三种情形：（1）人民法院认为需要鉴定、勘验的；（2）当事人提供的证据互相有矛盾、无法认定的；（3）人民法院认为应当由自己收集的其他证据。

相较于82年民诉法及其司法解释，91年民事诉讼法及其司法解释不再规定法院全面客观调取证据，而是强调当事人的举证责任，而法院主要是全面客观地审核证据，但并在法律规定的情况下调查收集证据，但是，92司法解释对于法院依职权调取证据规定了一个兜底条款，导致实践中法院依职权自行调取证据的范围还是十分广泛的。

第三阶段——严格的职权审查主义

2002年4月1日起施行的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第15条将91年《[民事诉讼法](http://129.0.0.24:9000/showtxt?dbsType=chl/lar&dbsText=中国法律法规规章司法解释数据库/中国地方法规数据&file=&multiSearch=false&dbn=chl&fn=chl024s123.txt&rjs0=中华人民共和国民事诉讼法（1991年）&upd=1)》[中](http://129.0.0.24:9000/showtxt?dbsType=chl/lar&dbsText=中国法律法规规章司法解释数据库/中国地方法规数据&file=&multiSearch=false&dbn=chl&fn=chl024s123.txt&rjs0=中华人民共和国民事诉讼法（1991年）&upd=1&term=64#64)规定的“人民法院认为审理案件需要的证据”限缩为以下两种情形：（一）涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实；（二）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项。该规定使得法院依职权调查取证的空间被极大压缩，而当事人的举证责任被放大。

2012年新修订的《民事诉讼法》对于调查收集证据的规定没有变化，但是2015年2月4日施行的《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第96条对于法院依职权调取证据规定了五种情形：（一）涉及可能损害国家利益、社会公共利益的；（二）涉及身份关系的；（三）涉及民事诉讼法第五十五条规定诉讼的（公益诉讼）[[2]](#footnote-3)；（四）当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的；（五）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。

与《民事诉讼证据规定》相比，本15年司法解释的规定是对其相关条文进行了整理，同时结合2012年民事诉讼法修改的情况进行了补充。具体而言：（1）《民事诉讼证据规定》第十五条第一项：“涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实”修改为“涉及可能损害国家利益、社会公共利益的”。法院对涉及国家利益和社会公共利益的事实保留依职权调查的权力，是大陆法系国家和地区的普遍做法，也是法院保护国家利益和社会公共利益所必要的职权。删除了“损害他人合法权益”的情形，主要考虑到“损害他人合法权益“比较笼统，而2012年民事诉讼法第一百一十二条[[3]](#footnote-4)增加的对恶意诉讼制裁的规定，本身也属于需要人民法院依职权调查的情形，因此将“损害他人合法权益”修改为“当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的”作为第四项，逻辑上更为顺畅。（2）增加“涉及身份关系“的事实，主要考虑到身份关系涉及社会基本伦理价值，本身即具有社会公共利益的属性。这种身份关系的事实，在性质上需要法院保留依职权调查收集证据的权力。在一些立法上存在人事诉讼或者家事诉讼程序的国家，明确规定在这种诉讼中法院具有广泛的调查收集证据的职权。《民事诉讼证据规定》第八条在自认的规定中，排除身份关系案件中对自认规则的适用，也是出于身份关系具有社会公共利益的性质考虑；在理解上，第十五条第一项本来也包含身份关系的事项在内。（3）公益诉讼事关公共利益的保护，其规则较为特殊，需要法院广泛发挥职权作用调查收集证据。因此，可以将公益诉讼的情形理解为第一项涉及公共利益的范畴，将其单独列出，更明确，也能够更好地位与立法上的其他诉讼制度相呼应。（4）程序事项性。继承原有规定。总之，新修订的《民事诉讼法》及其司法解释对于法院依职权调取证据并没有突破《民事诉讼证据规定》所确定的范围，依然是严格限制法院依职权调查和收集证据，也就是说我国目前立法规定的证据调取制度是当事人主导是原则，法院依职权调取是例外。

通过我国法院调查取证制度的演进过程，不难看出：在对法院调查取证方面做了越来越详细的规定，一方面有利于防止法官滥用职权；另一方面也是我们诉讼模式的科学化，意识到了当事人在民事诉讼中的主动性和参与性，即使需要调查取证也应遵循“先申请后主动”的原则。也说明了我国民事诉讼中法院调查取证制度正在由职权主义日渐向当事人主义转变。

1. 我国当前民事诉讼中的法院调查取证制度存在主

要问题

1. 我国法院调查取证制度立法上存在的问题

1、对于当事人举证缺乏保障措施。我国证据调取制度以当事人调取为主，法院依职权调取为辅的原则，但是我国目前对于当事人举证缺乏足够的程序性保障。（1）当事人申请法院调取证据被拒绝时缺乏实质性的救济措施。 《民事诉讼证据规定》第19条第2款规定了法院不予准许当事人的申请时，当事人有权向受理申请的法院书面申请复议，”但是，规定中没有明确复议机构，使得当事人申请复议的权利在实质上落空；（2）我国相关法律规定了“当事人和律师以及其他诉讼代理人有权调查收集证据”，同时也规定，“证人有出庭作证的义务”，“当事人委托的律师在经过有关单位和个人同意才能向对方调查取证”。对于证人拒证的现象，法律并没有规定任何强制措施以及惩罚措施，这使得当事人收集证据的权利得不到保障，没有落在实处。

2、法院调查取证的主体不清晰

现行法律只是规定法院可以依当事人申请或依职权调取证据，但是并没有明确具体是法院的哪个部门、哪类人员进行调查取证。而在司法实践中，证据的调查人员案件的主审法官担任，其弊端无疑是十分明显的。（1）法官在审判案件的过程中，作为裁判者，必须保证其中立性，以不偏不倚的立场和态度来对待双方当事人。如果法官同时负责证据的调查和案件的审理，就可能使其形成先入为主的倾向，在案件审判过程中，本能地对一方当事人产生某种偏见或倾向，这显然违反了程序公正对于法官中立的要求。而程序公正是实体公正的前提，不能满足程序公正则使实体公正的实现具有风险，最终无论是实体公正还是程序公正都将无法得到有效保障；（2）法官在调查证据的过程中，会不可避免地接触到当事人，目前我国因为缺少相关的程序规制，法官与当事人之间一般都是私下进行接触，相关证人与物证等都由申请人提供，而整个过程中并无对方当事人或者第三方以及有关单位的监督，这是严重违反程序公正的理念的。无论此时法官的调查结果是否属实，对方当事人易对判决结果产生怀疑。并且，当事人为了取得对其有利的判决结果，很可能做各种努力和工作来影响法官的判断，长此以往，极易滋生司法腐败，给法官的尊严和形象带来负面影响，同时影响司法权力的威严；（3）《民事诉讼证据规定》第51条第3款规定：“人民法院依职权调查收集的证据应在庭审时出示，听取当事人意见，并就调查收集该证据的情况予以说明。”法官在庭审

时的职责是代表国家行使审判权，控制庭审的过程，同时体现司法权的威严，而当事人提出证据相关的疑问或意见，法官必须在法庭上予以回答，这也是很不妥当的。

3、法院调查取证的程序制约与监督不完善

人民法院调查取证的内容包括以下：民事勘验、民事鉴定、委托调查、检索证据材料、询问当事人。其中除了民事勘验、民事鉴定和委托调查外，相关法律法规都没有对人民法院行使调查取证进行程序化的规定。人民法院调查取证权缺少程序化规范，法官在行使权力时以公众无法看见的方式进行，此时若有不当之举，当事人既无法进行监督也无法请求救济，以至于当事人对于案件结果的认同度和接受度逐渐降低。因此，笔者认为，立法上应将法院调查取证的时间、参与人员、确定及变更证据的方式、争议时的解决方法以及错误时的救济方式等事项予以详尽规定，以保障当事人的合法权益，保证司法的公正。

1. 我国法院调查取证制度实践中存在的问题

我国现有法律将法院依职权调取证据的范围严格限缩在上文所述的两种情形内，而将举证的压力分配给当事人，并利用举证责任制度来解决案件真伪不明时的裁判难题。但是司法实践中，在当事人提供的证据不足以使法官形成内心确信，案件尚处于真伪不明时，会出现两种情况。一种情况是：基于案多人少的工作压力和现行法律的规定，一部分法官选择直接适用举证责任原则，在案件真伪不明时，判决承担举证责任的一方败诉。这种方式虽然能够在审限内及时作出判决进行定纷，但未必能够止争，因为败诉一方当事人不能够理解法院裁判原则，认为法院自己应该去调取证据以查明事实，否则就是法院消极履职，司法不公，甚至会怀疑存在司法腐败的情况，从而影响司法公信力。当裁判受到质疑，司法缺乏公信力时，上诉、申诉、涉法上访情况增多，最终会影响到社会的和谐稳定。另一种情况是：法官在事实真伪不明而当事人无法提供证据且不申请法院调取证据时，自行调取证据，不受法律规定的法院依职权调查收集证据范围的限制。此种方式虽然可以保证实体公正，但是严格来讲是违反了程序法的规定，是违法行为，且依现行司法实践中，法官自身自查情况，其行为本身也容易受到质疑，加之，立案登记制施行以来，法院案件数量激增，法官办案压力越来越大，一个法官一年需要审理几百件案子，在审理案件和写裁判文书之外还要负责调取证据，又适逢公车改革，许多法官需要担任司机的角色，种种因素综合起来，最终是会影响案件裁判效率和法官办案激情和动力的，最终很有可能使得更多的法官流失和案件裁判受到更多质疑。

1. 完善我国法院调查取证制度的具体构想

我国法院调查取证制度的立法缺陷以及当事人诉讼能力较低、法官考核体制有待完善等多方面的原因，造成了我国目前司法实践中法院调查取证的困境。在立足我国当前司法环境下，可以从以下几个方面着手完善我国法院调查取证制度：

（一）确立“查审分离”制度

正如上文所言，我国立法对于法院调查取证的部门、人员没有明确规定，实践中多为主审法官自审自查，此种方式一方面加重审判负担，降低审判效率；另一方面法官会有先入为主的倾向，也容易引起双方对于司法公正的质疑。此外，作为主审案件的法官又是证据的调查人员，在庭审质证过程中是否需要接受当事人的问询，也是一个两难问题。所以，确立“查审分离”制度是当务之急。

关于具体由谁来担任调查员，在学界有几种不同的看法：一种是在法院内设立取证部门，由部门内的法官专职进行全院案件的证据材料的调查收集。[[4]](#footnote-5)这种设置方式类似日本家事诉讼程序中的调查官制度，就是由专门的调查官调查婚姻家庭诉讼中相关的证据，而不是由庭审法官进行。第二种是将现任法官分流为立案、庭前、庭审、执行法官四类，由庭前法官，由庭前法官负责调查取证的工作。[[5]](#footnote-6)但是这种设置方式的适用前提是我国民事诉讼应建立比较完善的审前程序。第三种是由庭审法官以外的法院其他工作人员进行调查取证，包括立案庭人员、执行法官、助理审判员、书记员和司法警察。

笔者认为，新修订的《民事诉讼法》及其司法解释，其中就庭前程序已经有所规定。《民事诉讼法》第133条第（四）项规定：“需要开庭审理的，通过要求当事人交换证据等方式，明确争议焦点。”《民诉司法解释》第224条规定：“依照民事诉讼法第一百三十三条第四项规定，人民法院可以在答辩期间届满后，通过组织证据交换、召集庭前会议等方式，做好审理前的准备。”通过这些规定，可以看出我国已经着手进行审前程序重构，这既有利于程序的顺利开展，又符合程序正义的要求。加之，我国目前司法改革中对于法官助理的职责进行了重新设定，强调发挥法官助理在庭前程序中的作用，法官助理既有法律专业知识，也有一定的工作经验，还独立于案件的裁判工作，因此，由法官助理负责调取证据是目前较好的选择。

（三）适度扩大由法院依职权调查取证的范围

在案件事实真伪不明时，选择举证责任作为裁判的依据

只是法官不得已的选择，而且从审判实践看，我国普遍存在取证难和当事人法律意识单薄、举证能力欠缺的现实，许多法官宁愿选择自己去调查取证而不是一味靠举证责任做出判决，所以，在实行“查审分离”从而减轻法官审案负担的情况下，适度扩大法院依职权调查取证的范围，发挥法官在调查取证和事实认定方面的主动作用，可以平衡当事人的诉讼能力，维护程序公平，从而最大限度地实现实体公正。

在明确应当扩大法院依职权收集证据的范围后，需要探讨哪些情形可以依职权调取证据：

1. 当事人举证不足时可以依职权调查证据。

当事人在诉讼中举证不足有两种情形。一种是对争议事实原告和被告都向法院提供了证据，但双方提供的都是间接证据， 既不足以证明原告主张的对其有利的事实存在，也不足以证明被告否认该事实存在的主张或者不足以证明被告主张的不同于原告的另外一种事实。从证据的较量看，双方的证据不相上下，势均力敌，法院很难根据现有的证据对事实的真伪做出判断， 这是举证不足的典型表现。另一种情形是双方当事人对案件的基本事实陈述各异，截然相反，但双方对自己主张的事实均不能向法院提供证据，虽然我国民事诉讼法把当事人的陈述作为证据之一，但由于当事人同本案有直接利害关系， 法院并不能仅根据当事人对自己有利的陈述做出有利于他的事实认定，所以这类案件, 实际上是双方当事人并未向法院提供证据。[[6]](#footnote-7)但是此类情形，不能排除当事人的举证责任，虽然，当下中国许多当事人的诉讼能力比较薄弱，但是不排除许多当事人存在怠诉的情况，即认为自己只是到法院叙述自己的请求主张和委屈，而调查取证的事情都应由法院去负责，一些当事人常用的口头语就是“法院可以去查”“这是法院的工作”等等，所以，举证还是应该由当事人主导，当事人主张某项事实或者请求，法院可以向其释明需要提供证据予以佐证，如果当事人因为主观原因，过于懈怠，而不提供证据，可以依照举证责任，认定此项事实不存在或者主张不成立，只有当当事人确因客观原因出现举证不足的情况，法官又无法形成自由心证时，才能依职权调查收集证据。

1. 为核实证据可以依职权调查证据

当事人在诉讼中提供虚假的证据，是各国民事诉讼中普遍存在的现象，差异仅在于发生的多少而已。由于道德约束的软化和虚化，缺乏有效的发现虚假证据的机制，处罚提供虚假证据的法律规定不健全，我国民事诉讼中已经出现了较为严重的提供虚假证据的现象， 当事人向法庭作虚假陈述，当事人或者案外人伪造、变造书证， 证人作伪证的现象时有发生。[[7]](#footnote-8)当法官怀疑证据不真实时，依职权进行审查正是他们的职责所在，这可以说是法官启动职权调查的最具正当性的理由。[[8]](#footnote-9)《民事诉讼法》中明文规定法官有义务全面客观审查核实证据，审查核实证据包括对于证据真伪无法辨明时依职权去调查取证，所以，依照法律规定和实现实体正义需求，赋予法院为核实证据可以依职权调查取证的权力是合理的。

3、法院不可以依职权决定鉴定

《民事诉讼法》第76条第3款规定：“当事人未申请鉴定，人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，应当委托具备资格的鉴定人进行鉴定。”从此规定可以看出，目前的法律是允许法院依职权决定鉴定的。但是《民事诉讼证据规定》则将鉴定结论排除在法院依职权调查取证的范围之外，规定鉴定需要根据当事人申请法院才能进行。有的学者认为，《民事诉讼证据规定》将鉴定规定为需要根据当事人申请法院才能进行， 主要是考虑鉴定费用的承担问题，担心法院依职权决定鉴定当事人不愿意缴纳鉴定费。但是否需要鉴定以及做出鉴定的决定与缴纳鉴定费用是两个不同性质的问题，当法官认为需要鉴定时，完全可以依职权做出鉴定的决定而不

必等待当事人的申请, 在做出鉴定的决定后, 再通知当事人, 告知当事人预交鉴定费用。所以，对鉴定的启动，采取双轨制是合理的和必要的， 它们既可以根据当事人的申请开始, 也可以由法院依职权决定进行。[[9]](#footnote-10)但是，笔者认为，即使法院可以依职权决定鉴定，当事人不预交鉴定费，最终鉴定程序也无法启动。所以，笔者的观点是仍然将鉴定规定为依当事人申请进行，如果法官在审理过程中认为有必要进行鉴定，可以向当事人进行释明，由一方当事人提出申请并预交鉴定费，如果当事人不提出申请，则需要向就其主张有举证责任的一方说明，不进行鉴定其将承担的不利后果，如果负有举证责任的当事人依然放弃鉴定，则视为举证不能。因为鉴定费无论最终由哪一方负担，都是增加了双方当事人的诉讼负担，所以，是否决定申请鉴定还是交由双方当事人决定为宜，法院不适合越俎代庖。

1. 完善救济制度，保障当事人的质证权和异议权

法院调查收集的证据有利于一方当事人，就可能对对方当事人造成损害。为确保法院调查收集到的证据的效力，应完善质证制度，由双方当事人对其进行质证，通过质证在双方当事人均无异议的基础上由法院认证，作为证明案件事实的根据。

因调查人员错误调查取证行为，或者怠于行使调查取证权的行为，给当事人造成损失的，应当赔偿其损失，严重损失的，还应依照《法官法》有关玩忽职守的规定对有关人员给予处分。

作者：吕香妮、彭聪

1. 根据李浩教授的观点，过分强调法院在收集证据中作用的负效应主要包括以下几点：一是造成举证问题上诉讼当事人与法院的错位；二是弱化了提供证据的责任性质；三是造成了诉讼效率低下；四是模糊了人民法院在证明活动中的主要职能，并且危及到审判人员在审查判断证据时应具有的客观立场。具体参见李浩著：《民事证明责任研究》，北京：法律出版社 2003 年 9 月版，第 94-95 页。 [↑](#footnote-ref-2)
2. 《民事诉讼法》第55条：“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。” [↑](#footnote-ref-3)
3. 《民事诉讼法》第112条：“当事人之间恶意串通，企图通过诉讼、调解等方式侵害他人合法权益的，人民法院应当驳回其请求，并根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。” [↑](#footnote-ref-4)
4. 阮忠良、章国峰：《人民法院调查收集民事证据研究》，载乔宪志主编：《中国证据制度与司法运用》，法律出版社 2002 年 5 月版，第 179 页。 [↑](#footnote-ref-5)
5. 林义全：《论建立以庭审法官为中心的法官四分立制度》，载《西南民族学院学报·哲学社会科学版》2001

   年 1 月 22 卷第 1 期，第 78 页。 [↑](#footnote-ref-6)
6. 李浩：《回归民事诉讼法——法院依职权调查取证的再改革》，载《法学家》2011年第3期，第123页 [↑](#footnote-ref-7)
7. 参见北京市第一中级人民法院民事证据调研课题组:《关于证据真伪审查与伪证追究的调研报告》, 载《证据科学》2008

   年第4 期。 [↑](#footnote-ref-8)
8. 在德国民事诉讼中, 法院依职权调查收集证据的契机在于法官对当事人违反真实义务的具体怀疑，参见 [德] 罗森贝克等:《德国民事诉讼法》(上), 李大雪译, 中国法制出版社版2007 年版, 第820页 [↑](#footnote-ref-9)
9. 李浩：《回归民事诉讼法——法院依职权调查取证的再改革》，载《法学家》2011年第3期，第122页 [↑](#footnote-ref-10)