



法院

证据调查 制度研究

Fayuan
Zhengju DiaoCha
Zhidu Yanjiu

李晓丽
著



中国政法大学出版社

014038754

D925.113.4

25

法院

证据调查制度研究

李晓丽 著



D925.113.4
25



中国政法大学出版社



北航

C1726221

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目(CIP)数据

法院证据调查制度研究/李晓丽著. —北京: 中国政法大学出版社, 2014. 4
ISBN 978-7-5620-5267-8

I. ①法… II. ①李… III. ①民事诉讼—证据—司法制度—研究—中国
IV. ①D925.113.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第036169号

- 出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 10.5
字 数 280千字
版 次 2014年4月第1版
印 次 2014年4月第1次印刷
定 价 32.00元



北航

C1726221

序

Preface

法院与当事人在诉讼法上的关系，基本上取决于证据法上对法院和当事人之间如何界定证据提交权和证据调查权，对这个问题不同回答可能会被戴上不同的帽子：当事人主义或职权主义。确实，两大法系国家关于证据的立法有很大的区别：大陆法系是法官调查证据起很大作用，而英美法系则是当事人和律师提交证据。如何确定中国民事诉讼证据的调查权，一直以来困扰着我国民事诉讼立法和司法实践。其实，各国立法对此已经给出了很明确的答案，两大法系国家民事诉讼证据制度的区别由于各自制度相关配置发挥的作用，在实际运用的效果方面并没有想象中那样悬殊。纠缠于概念之争并不能促进民事诉讼的进步。所以，我们需要在民事诉讼程序制度配套和完善方面进行更多的思考。

民事诉讼采辩论主义，以当事人申请作为法院证据调查的前提，并赋予法院审理必要的裁量性证据调查权，不附义务与

责任规范。为避免法院职权过度滥用造成对辩论主义的侵犯，该职权的行使应当以举证释明为其前提条件。在涉及社会公共利益、国家利益、集团利益和他人利益的诉讼案件，以及家事案件和非讼案件（依据非讼法理）中，因对案件的真实发现有更高要求而采行职权探知主义，由法院承担收集证据和探知真相的职责，但并不排斥当事人依据证明责任分配的规则所实施的提出和收集证据的行为。

无论是依据当事人的申请还是依据法院职权实施证据调查，都属于法院自由裁量的范围，应当加强职权行使的正当化与规范化。必须规定当事人相互之间有证据协力义务，规定违反该义务的行为在法律上应当受到的制裁或者在诉讼裁判中作出事实认定方面的不利益。要确立证据调查期日制度，完善证据调查权行使的程序规范和具体措施，在充分保证当事人的程序参与权与辩论权的基础上，收集法官心证形成所需要的事实资料，在程序合法的基础上实现真实发现和诉讼促进的民事诉讼目的。

本书是李晓丽在其博士学位论文基础上修改完善而成。她勤奋好学，为解决这个大家熟悉而又不无争议的问题付出了大量的心血。本书选取德国、日本和我国台湾地区的民事诉讼法，着重分析和比较了大陆法系国家和地区民事诉讼法的证据调查制度，对其理论基础、权限分配、具体程序规范和措施运用，进行了从宏观到微观的深入研究，为我国民事诉讼法立法和司法解释提供了有借鉴意义的参考素材。同时，在理论研究的基础上，对我国司法实践中的具体案件进行分析，以丰富研究的视角和内容，增强理论研究的实用性。作为她的导师，在

此祝贺她出版此书，并希望她在民事诉讼学术领域做出自己的独特贡献。

是为序。

中国政法大学教授、博士生导师

肖建华

2014年2月

引言

Foreword

证据调查，是以法院为主体所实施的收集证据和审查证据，旨在获取形成法官心证所必要的证据资料的行为，是大陆法系国家和地区民事诉讼法的概念，在我国民事诉讼法中，表现为与法院收集证据和审查证据相关的部分内容，包括证据调查的权限范围和程序规范。

我国 1991 年颁行的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称 1991 年《民事诉讼法》）第 64 条^{〔1〕}原则性地设置了当事人和法院在证据收集过程中的权限，即当事人承担提出和收集证据的责任，而法院只有在“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集”以及“人民法院认为审理案件需要”的情况下，才拥有实施证据调查的职权，即法院的证据调查权包括依申请调查证据和依职权调查证据两种类别。该条款的原则性及模糊

〔1〕 我国现行有效的 2012 年《民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）并未对此条款进行修改。

性，导致司法实践操作上的困惑与混乱，于是相继出台的司法解释都试图在这一问题上进一步予以明确，以化解司法实践中所产生的问题。

我国1992年通过的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（以下简称《民诉意见》）第73条对法院实施证据调查的职权范围作了进一步细化，明确规定了在“人民法院认为需要鉴定、勘验”、“当事人提供的证据互有矛盾、无法认定”的两种情形下，法院有权实施证据调查。但是，对于“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集”的情形，并没有给予进一步的明确规定。此外，《民诉意见》第73条仍然延续了1991年《民事诉讼法》第64条第2款的开放性规定，对于“人民法院认为审理案件需要的证据”，“人民法院认为应当由自己收集的证据”，法院有权负责调查收集，即保留了法院依据职权调查证据的权力，学界称其为裁量性的证据调查权，法官有权依据案件的具体情况行使自由裁量权进而决定是否对证据实施调查收集。1998年通过的《最高人民法院关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》（以下简称《审判方式改革规定》）继续延续了先前的立法精神，在确定法院证据调查的职权范围方面没有实质性变化，旨在进一步细化先前立法以增强其可操作性，表现为：当事人申请人民法院调查收集证据的，在程序上应当提出“调取证据的申请和该证据线索”；对于当事人提供的相互之间存在矛盾的证据，必须是“影响查明案件主要事实的证据材料”，并且必须符合“经过庭审质证无法认定其效力”的程序性规定，只有符合上述条件，

法院才有权实施证据调查。但是，对于何为不能自行收集的“客观原因”仍未作进一步解释；此外，仍然延续性地保留了法院依据职权调查证据的权力。综上所述，这一阶段的立法成果表现为：法院实施证据调查的职权分为依据申请进行和依据职权进行两种类别。前者的原因条件为当事人及其诉讼代理人因客观原因无法自行收集，程序要件为当事人向法院提出正式的书面申请并提供所要调查收集证据的线索；后者的原因条件为法院认为审理案件需要，具体表现为法院认为需要鉴定、勘验和当事人提供的证据互相有矛盾、无法认定，以及其他法院认为应当自行收集的情形，对程序要件法律没有特别规定。

自20世纪80年代以来，我国推行的审判方式改革，以强化当事人的举证责任、减轻法院负担为核心，构建民事诉讼当事人主义的诉讼模式。2002年4月1日起正式实施的《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》）正是这一改革目标的集中体现，有关法院证据调查权限范围的规定，较之先前立法也有了较为明显的改变，即强调当事人基于诉权主体地位，应当承担提出和收集证据的举证责任，除特定范围之外，法院全面退出证据调查收集领域，只能在有限的范围内对当事人的取证困难施以帮助，将法院职权主要定位在对当事人所提交的证据进行审查核实方面。具体内容表现为：

首先，明确解释了“当事人因客观原因不能自行收集”的情形。《证据规定》第3条第2款规定：“当事人因客观原因不能自行收集的证据，可申请人民法院调查收集。”第17条规定：“符合下列条件之一的，当事人及其诉讼代理人可以申请人民法

院调查收集证据：①申请调查收集的证据属于国家有关部门保存并须人民法院依据职权调取的档案材料；②涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料；③当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料。”本条从证据的内容方面明确了当事人自行收集的不可能性，一类属于国家行政管理的档案性资料，另一类属于本身涉密的保密性资料，被申请调查收集的证据只有属于其中之一，当事人才有权向受诉法院提出调查申请。与此同时，本条第3项仍然保留了“因客观原因不能自行收集”这一开放性规定作为兜底性条款，以满足纷繁复杂的司法实践需求。总之，较之先前立法，在法院依据当事人申请实施证据调查这一类别中，《证据规定》只是在具体情形上作出进一步的细化，在权限范围的设置上并没有实质性改变。

其次，明确限定了“人民法院认为审理案件需要”的情形，并且强调性地规定了禁止法院在法律明确规定的情形之外实施职权证据调查。其一，《证据规定》第15条规定：“《民事诉讼法》第64条规定的‘人民法院认为审理案件需要的证据’，是指以下情形：①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；②涉及依据职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项”。本条款从证据所涉事项的性质方面，明确了法院裁量性证据调查权的权限范围，即必须限定在涉及公益的实体性事项和程序性事项的范围之内。其二，《证据规定》第16条进一步规定：“除本规定第15条规定的情形外，人民法院调查收集证据，应当依当事人的申请进行”。即除了第15条规定的情形之外，禁止法院在没有当

事人申请的前提下，主动发动职权实施证据调查。较之先前立法而言，本条可谓对1991年《民事诉讼法》所规定的法院裁量性的证据调查权作出了尺度较大的限定，将原先完全交由审判法官自由裁量的权限限定在具体类型化的事项范围内。

本书认为，《证据规定》表现出不同于以往立法的思路，其意图在于依据当事人主义的基本理论来指导证据调查领域内当事人与法院各自的权限分配，将当事人定位为调查收集证据的主体，将法院定位为审查核实证据的主体。限缩法院依职权调查证据的权限范围，希望通过当事人向法院提出调取证据申请的方式来启动法院调查取证的职权，在保证当事人诉讼主体地位的同时，又能确保法院保持中立的立场，防止职权滥用。对于当事人来说，在实体上强调其举证责任，在程序上赋予其诉讼主体的地位；对于法院来说，为确保其保持中立的立场，进行公正裁判，要求其退出证据调查领域，保持克制和消极，还当事人在证据调查中的主体地位。但是，我们也应当看到，在将证据调查收集的权限交还给当事人的同时，法院也就丧失了依据职权调查证据的权力，即便是期待通过当事人提出证据申请的方式来实现法院调查证据的需求，也是不充分的。当事人自身的举证能力有限，无法自行提出充分且必要的证据。如此做法所产生的实际结果是：对于当事人来说，因其自身举证能力的薄弱以及诉讼制度给予的保障措施不足，在法院保持消极与克制的情况下，当事人遭遇取证困难而无法获得救助，导致其通过诉讼寻求权利救济的想法落空；对于法院来说，权力分配的不适恰导致其职权运用的混乱，有的法院严格遵守《证

据规定》的限缩性要求，职权调查处于极度消极和克制的状态，导致大量案件因当事人举证不足而只能依据证明责任的分配而作出裁判，还有的地方法院对《证据规定》置若罔闻，延续传统的审案经验和规则，甚至是回到了职权主义的老路上去，造成了更为严重的职权滥用。笔者在对这一问题进行调研的过程中发现，法院依职权调查证据在文本资料上的记载非常有限，近十年的《人民法院案例选》中，涉及法院实施职权调查的案件只有寥寥几件，所占比例甚低。笔者在与法官座谈的过程中了解到，职权调查证据在司法实践中是极为罕见的个别情况。实践部门的法官也非常矛盾，一方面囿于繁重的审判任务，对于亲力亲为地调查证据，心有余而力不足，往往分身乏术；另一方面，又要顾及当事人对其中立立场的怀疑以及由业绩考核所引发的责任问题，对于那些有必要发动职权来调查证据、收集必要的信息资料，进而获得确信心证的情况，最终也因为种种顾虑选择了放弃。严格遵守《证据规定》的做法意味着，在将证据调查收集的权限交还给当事人的同时，法院也丧失了依据职权调查证据的权力，对于一些当事人违背诚实信用原则，滥用诉讼权利，为赢得诉讼炮制大量虚假证据的情形，法院只能在当事人提交证据申请的情形下发动职权，否则无权为获得确信心证而主动实施证据调查。最终，法院只能在有限并匮乏、甚至是虚假的证据资料的基础上判断事实，导致法官内心确信的度和事实发现的准确性大大降低，运用证明责任分配规定作出裁判的可能性渐渐增加。事实上，建立在事实真伪不明基础上的判决明显增多的现象恰恰证实了这一点。

关于民事诉讼证据调查的程序,根据我国《民事诉讼法》的规定,主要包括一般性程序、委托调查以及鉴定和勘验程序。首先,《民事诉讼法》第130条规定了证据调查的一般性程序,“人民法院派出人员进行调查时,应当向被调查人出示证件。调查笔录经被调查人校阅后,由被调查人、调查人签名或者盖章。”根据本条,证据调查的一般性程序主要包括示证程序和调查笔录制度。其次,《民事诉讼法》第131条规定了委托调查制度,“人民法院在必要时可以委托外地人民法院调查。委托调查,必须提出明确的项目和要求。受委托人民法院可以主动补充调查。受委托人民法院收到委托书后,应当在30日内完成调查。因故不能完成的,应当在上述期限内函告委托人民法院。”再次,《民事诉讼法》第76~79条^[1]还规定了鉴定程序,包括鉴定程序的启动、鉴定人的选择以及对鉴定证据实施证据调查

〔1〕我国《民事诉讼法》第76条:当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定。当事人申请鉴定的,由双方当事人协商确定具备资格的鉴定人;协商不成的,由人民法院指定。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。

第77条:鉴定人有权了解进行鉴定所需要的案件材料,必要时可以询问当事人、证人。鉴定人应当提出书面鉴定意见,在鉴定书上签名或者盖章。

第78条:当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的,鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知,鉴定人拒不出庭作证的,鉴定意见不得作为认定事实的根据;支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用。

第79条: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。

的具体措施等制度。最后,《民事诉讼法》第80条^{〔1〕}规定了勘验程序,主要包括示证、当事人公开参与以及勘验笔录制度。总体而言,我国的证据调查程序规定得较为简单,缺乏作为程序保障的必要规范。证据调查作为事实发现的主要程序,一方面应担负起发现真实的功能,另一方面还应当遵守合理的程序规则,使得实质正义能够通过看得见的程序予以实现。因此,我们应当加强我国证据调查程序制度的立法完善。

李晓丽
2014年1月

〔1〕我国《民事诉讼法》第80条:勘验物证或者现场,勘验人必须出示人民法院的证件,并邀请当地基层组织或者当事人所在单位派人参加。当事人或者当事人的成年家属应当到场,拒不到场的,不影响勘验的进行。有关单位和个人根据人民法院的通知,有义务保护现场,协助勘验工作。勘验人应当将勘验情况和结果制作笔录,由勘验人、当事人和被邀参加人签名或者盖章。

目 录

Contents

序	1
引 言	4
第一章 法院证据调查制度的概述	1
◎ 第一节 法院证据调查的概念辨析	1
◎ 第二节 法院证据调查在我国民事诉讼法中的涵义	11
第二章 法院证据调查制度的理论基础	25
◎ 第一节 大陆法系证据调查制度的理论基础	26
◎ 第二节 英美法系的证据调查制度	41
◎ 第三节 比较分析两大法系的证据调查制度	44
第三章 法院证据调查的客体	59
◎ 第一节 法院证据调查的客体是案件事实	60

◎ 第二节	经验法则和法规	81
◎ 第三节	职权调查事项	84

第四章 法院实施证据调查的权限范围 92

◎ 第一节	法院依申请调查证据	93
◎ 第二节	法院依职权调查证据	146

第五章 法院实施证据调查的合理规制 181

◎ 第一节	释明权的行使是法院实施证据调查的前提 要件	181
◎ 第二节	证据协力义务是法院实施证据调查的根据	193

第六章 法院实施证据调查的程序规范 241

◎ 第一节	证据调查期日制度	241
◎ 第二节	证据调查措施	264

第七章 法院实施证据调查制度的完善 296

◎ 第一节	规范法院实施证据调查的权限	296
◎ 第二节	规范法院证据调查行为的前提和根据	298
◎ 第三节	规范法院证据调查行为的程序	302

参考文献	309
------------	-----

后 记	316
-----------	-----

第一章

法院证据调查制度的概述

证据调查,是来自于大陆法系民事诉讼法的证据制度,其本身具有特定的涵义,可以从提出证据的实质层面和调查程序的形式层面进行分析。在表述上虽然与我国民事诉讼法的相关概念较为相似,但存在根本差别。在证据调查这一概念之前冠以“法院”,目的在于强调法院是证据调查的主体,也是本书的立论基础。

第一节 法院证据调查的概念辨析

一、证据调查

证据调查,是来自于大陆法系国家和地区民事诉讼法的概念,德文是 Beweisaufnahme,即以释明和确认事实为目的接受证据材料,无论其是依申请还是依职权举行。^{〔1〕}

该词源于大陆法系民事诉讼法有关证据制度的立法当中,一般被表述为“证据调查程序”。例如,《德意志联邦共和国民事诉讼法》^{〔2〕}第 284 条规定:“调查证据,以及通过证据裁定而命令特别

〔1〕〔德〕奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社 2003 年版,第 261 页。

〔2〕《德意志联邦共和国民事诉讼法》,谢怀栻译,中国法制出版社 2001 年版。以下有关《德意志联邦共和国民事诉讼法》中法律条文的引用,均来自于此。